

(١١٤٣)

ظاهر المذهب

من علوم ابن قدامه

في كتابه المغني

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٥هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

WWW.NSOOOS.COM

"عقيل، أنه لا يكره؛ لأنه غير متردد في نجاسته، بخلاف التي قبلها. وذكر أبو الخطاب في كراهة المسخن بالنجاسة روايتين، على الإطلاق.

[فصل الوضوء والغسل بماء زمزم]

(١٢) فصل: ولا يكره الوضوء والغسل بماء زمزم؛ لأنه ماء طهور، فأشبه سائر المياه. وعنه: يكره لقول العباس لا أحلها لمغتسل، لكن لمحرم حل وبل؛ ولأنه يزيل به مانعا من الصلاة، أشبه إزالة النجاسة به.

والأول أولى، وقول العباس لا يؤخذ بصريحه في التحريم، ففي غيره أولى، وشرفه لا يوجب الكراهة لاستعماله، كالماء الذي وضع فيه النبي - صلى الله عليه وسلم - كفه، أو اغتسل منه.

[فصل الذائب من الثلج والبرد طهور]

(١٣) فصل الذائب من الثلج والبرد طهور؛ لأنه ماء نزل من السماء، وفي دعاء النبي - صلى الله عليه وسلم -: «اللهم طهرني بالماء والثلج والبرد» متفق عليه. فإن أخذ الثلج فأمره على أعضائه لم تحصل الطهارة، ولو ابتل به العضو لأن الواجب الغسل، وأقل ذلك أن يجري الماء على العضو، إلا أن يكون خفيفا فيذوب ويجري ماؤه على الأعضاء، فيحصل به الغسل، فيجزئه.

[مسألة لا يتوضأ بماء قد توضئ به]

(١٤) مسألة: قال: (ولا يتوضأ بماء قد توضئ به) يعني: الماء المنفصل عن أعضاء المتوضئ، والمغتسل في معناه، و**ظاهر المذهب** أن المستعمل في رفع الحدث طاهر غير مطهر، لا يرفع حدثا، ولا يزيل نجسا، وبه قال الليث والأوزاعي، وهو المشهور عن أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن مالك، وظاهر مذهب الشافعي.

وعن أحمد رواية أخرى، أنه طاهر مطهر. وبه قال الحسن، وعطاء، والنخعي، والزهري، ومكحول، وأهل الظاهر، والرواية الثانية لمالك، والقول الثاني للشافعي. وروي عن علي، وابن عمر، وأبي أمامة فيمن نسي مسح رأسه، إذا وجد بللا في لحيته، أجزأه أن يمسح رأسه بذلك البلل.

ووجه ذلك أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الماء لا يجنب» ، وقال: «الماء ليس عليه جنابة» ، وروي «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - اغتسل من الجنابة، فرأى لمعة لم يصبها الماء، فعصر شعره

عليها» . رواهما الإمام أحمد، في " المسند " وابن ماجه، وغيرهما

ولأنه غسل به محل طاهر، فلم تزل به طهوريته، كما لو غسل به الثوب؛ ولأنه لاقى محلا طاهرا، فلا يخرج عن حكمه بتأدية الفرض به، كالثوب يصلى فيه مرارا.." (١)

"لكان الكل طهورا، فالمستعمل أولى.

وإن انضم إلى ما دون القلتين وكثر المستعمل ولم يبلغ قلتين منع، وإن بلغ قلتين باجتماعه فكذلك، ويحتمل أن يزول المنع؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث.» وإن انضم مستعمل إلى مستعمل ولم يبلغ القلتين فهو باق على المنع، وإن بلغ قلتين ففيه وجهان؛ لما ذكرناه.

[مسألة كان الماء قلتين فوقعت فيه نجاسة]

(٢٠) مسألة: قال: (وإذا كان الماء قلتين، وهو خمس قرب، فوقعت فيه نجاسة فلم يوجد لها طعم ولا لون ولا رائحة، فهو طاهر) . والقلة: هي الجرة، سميت قلة لأنها تقل بالأيدي، أي تحمل، ومنه قوله تعالى: ﴿حتى إذا أقلت سحابا ثقالا﴾ [الأعراف: ٥٧] ويقع هذا الاسم على الكبيرة والصغيرة.

والمراد بها هاهنا قلتان من قلال هجر، وهما خمس قرب، كل قربة مائة رطل بالعراقي، فتكون القلتان خمسمائة رطل بالعراقي. هذا ظاهر المذهب عند أصحابنا، وهو مذهب الشافعي؛ لأنه روي عن ابن جريج أنه قال: رأيت قلال هجر، القلة تسع قربتين أو قربتين وشيئا. فالاحتياط أن يجعل قربتين ونصفا.

وروى الأثرم، وإسماعيل بن سعيد، عن أحمد، أن القلتين أربع قرب، وحكاه ابن المنذر عن أحمد في " كتابه "؛ وذلك لما روى الجوزجاني، بإسناده عن يحيى بن عقيل، قال: رأيت قلال هجر، وأظن كل قلة تأخذ قربين. وروي نحو هذا عن ابن جريج.

واتفق القائلون بتحديد الماء بالقرب على تقدير كل قربة بمائة رطل بالعراقي، لا أعلم بينهم في ذلك خلافا، ولعلهم أخذوا ذلك ممن اختبر قرب الحجاز، وعرف أن ذلك مقدارها.

وإنما خصصنا هذا بقلال هجر لوجهين: أحدهما أنه قد روي في حديث مبينا، رواه الخطابي، في " معالم السنن " بإسناده إلى ابن جريج، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرسلا «إذا كان الماء قلتين بقلال هجر» وذكر الحديث.

والثاني أن قلال هجر أكبر ما يكون من القلال، وأشهرها في عصر النبي - صلى الله عليه وسلم - ذكره

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٦/١

الخطابي قال: وهي مشهورة الصنعة، معلومة المقدار. لا تختلف كما لا تختلف الصيعان والمكاييل؛ ولأن الحد لا يقع بالمجهول.

وقال أبو عبيد: هي الحباب، وهي مستفيضة معروفة، فينبغي أن يحمل لفظ القلتين عليها؛ لشهرتها وكبرها، فإن كل معدود جعل مقدارا واحدا لم يتناول إلا أكبرها؛ لأنها أقرب إلى العلم، وأقل في العدد، ولذلك جعل نصاب الزكاة بالأوسق، دون الآصع والأمداد.." (١)

"(٢٩) فصل: إذا اجتمعت الجريات في موضع، فإن كان متغيرا بالنجاسة فهو نجس، وإن كثر، وإن كان في بعض الجريات ماء طاهر متوال يبلغ قلتين، إما سابقا وإما لاحقا، فالجميع طاهر. ما لم يتغير؛ لأن القلتين تدفع النجاسة عن نفسها، وعما اجتمعت معه.

وإن كان المجتمع دون القلتين، وفي بعض الجريات شيء نجس، فالكل نجس في ظاهر المذهب. وإن كان قلتين إلا أن الجريات كلها نجسة، أو بعض الجريات طاهر وبعضها نجس، ولا يتوالى من الطاهر قلتان،، ف**ظاهر المذهب** أن الجميع نجس، وإن كثر، ويحتمل أن يكون طاهرا، وهو مذهب الشافعي؛ لقوله – عليه السلام –: «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث» ؛ ولأنه ماء كثير لم يتغير بالنجاسة، فكان طاهرا، كما لو كان متغيرا فزال تغيره بمكثه.

ولنا أنه انضم النجس إلى النجس، فصار الجميع نجسا كغير الماء، وإن كان بعض الجريات طاهرا، لكنه قليل، فهو مما لا يدفع النجاسة عن نفسه، فعن غيره أولى. فإن كان الماء كثيرا متغيرا بالنجاسة، فزال تغيره بنفسه، طهر الجميع، وإن زال بماء طاهر دون القلتين، أو باجتماع ماء نجس إليه، ف**ظاهر المذهب** أنه نجس؛ لأنه لا يدفع النجاسة عن نفسه، فلا يدفعها عن غيره، ويحتمل أن يطهر؛ لأنه أزال علة التنجيس، فأزال التنجيس، كما لو زال بنزح أو بمكثه.

[فصل في تطهير الماء النجس وهو ثلاثة أقسام]

(٣٠) فصل: في تطهير الماء النجس. وهو ثلاثة أقسام: أحدها ما دون القلتين، فتطهيره بالمكاثرة بقلتين طاهرتين، إما أن يصب فيه، أو ينبع فيه، فيزول بهما تغيره إن كان متغيرا، وإن لم يكن متغيرا طهر بمجرد المكاثرة؛ لأن القلتين لا تحمل الخبث، ولا تنجس إلا بالتغير، ولذلك لو ورد عليها ماء نجس لم ينجسها ما لم تتغير به، فكذلك إذا كانت واردة، ومن ضرورة الحكم بطهارتهما طهارة ما اختلطتا به.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٩/١

القسم الثاني: أن يكون وفق القلتين، فلا يخلو من أن يكون غير متغير بالنجاسة، فيطهر بالمكاثرة المذكورة لا غير، الثاني أن يكون متغيرا فيطهر بأحد أمرين؛ بالمكاثرة المذكورة إذا أزالت التغير، أو بتركه حتى يزول تغيره بطول مكثه.

القسم الثالث، الزائد عن القلتين، فله حالان، أحدهما، أن يكون نجسا بغير التغير، فلا طريق إلى تطهيره بغير المكاثرة، الثاني أن يكون متغيرا بالنجاسة، فتطهيره بأحد أمور ثلاثة؛ المكاثرة، أو زوال تغيره بمكثه، أو أن ينزح منه ما يزول به التغير، ويبقى بعد ذلك قلتان فصاعدا، فإنه إن بقي ما دون القلتين، قبل زوال تغيره، لم يبق التغير علة تنجيسه؛ لأنه تنجس بدونه، فلا يزول التنجيس." (١)

"﴿كأنهن بيض مكنون﴾ [الصافات: ٤٩] ، وهن أحسن من البيض، والمرأة الحسناء تشبه بالظبية وبقرة الوحش، وهي أحسن منهما. وقولهم: إن الدبغ يرفع العلة ممنوع فإننا قد بينا أن الجلد لم ينجس؛ لما ذكرناه، وإن سلمنا فإن الذبح لا يمنع منها ثم يبطل ما ذكروه بذبح المجوسي والوثني والمحرم، وبترك التسمية، وما شق بنصفين.

[فصل لا يطهر شيء من النجاسات بالاستحالة]

(٨٢) فصل: ظاهر المذهب، أنه لا يطهر شيء من النجاسات بالاستحالة، إلا الخمرة، إذا انقلبت بنفسها خلا، وما عداه لا يطهر؛ كالنجاسات إذا احترقت وصارت رمادا، والخنزير إذا وقع في الملاحة وصار ملحا، والدخان المترقي من وقود النجاسة، والبخار المتصاعد من الماء النجس إذا اجتمعت منه نداوة على جسم صقيل ثم قطر، فهو نجس. ويتخرج أن تطهر النجاسات كلها بالاستحالة قياسا على الخمرة إذا انقلبت، وجلود الميتة إذا دبغت، والجلالة إذا حبست، والأول ظاهر المذهب. وقد نهى إمامنا – رحمه الله – عن الخبز في تنور شوي فيه خنزير.

[مسألة آنية عظام الميتة]

(٨٣) مسألة قال: (وكذلك آنية عظام الميتة) يعني: أنها نجسة، وجملة ذلك، أن عظام الميتة نجسة، سواء كانت ميتة ما يؤكل لحمه، أو ما لا يؤكل لحمه، كالفيلة، ولا يطهر بحال، وهذا مذهب مالك، والشافعي، وإسحاق، وكره عطاء، وطاوس، والحسن، وعمر بن عبد العزيز – رضي الله عنهم – عظام الفيلة، ورخص

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١/ ٢٧

في الانتفاع بها محمد بن سيرين، وغيره، وابن جريج؛ لما روى أبو داود بإسناده عن ثوبان، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «اشتر لفاطمة – رضي الله عنها – قلادة من عصب وسوارين من عاج» .
ولنا قول الله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ [المائدة: ٣] والعظم من جملتها، فيكون محرما، والفيل لا يؤكل." (١)

"لحمه فهو نجس على كل حال، وأما الحديث، فقال الخطابي: قال الأصمعي: العاج الذبل، ويقال: هو عظم ظهر السلحفاة البحرية. وذهب مالك إلى أن الفيل إن ذكي فعظمه طاهر، وإلا فهو نجس؛ لأن الفيل مأكول عنده، وهو غير صحيح؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – «نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع» رواه مسلم والفيل أعظمها نابا

فأما عظام بقية الميتات، فذهب الثوري، وأبو حنيفة، إلى طهارتها؛ لأن الموت لا يحلها فلا تنجس به، كالشعر؛ ولأن علة التنجيس في اللحم والجلد اتصال الدماء والرطوبات به، ولا يوجد ذلك في العظام ولنا قول الله تعالى ﴿قال من يحيي العظام وهي رميم﴾ [يس: ٧٨] ﴿قل يحييها الذي أنشأها أول مرة وهو بكل خلق عليم﴾ [يس: ٧٩] وما يحيا فهو يموت؛ ولأن دليل الحياة الإحساس والألم، والألم في العظم أشد من الألم في اللحم والجلد، والضرس يألم، ويلحقه الضرس، ويحس ببرد الماء وحرارته، وما تحله الحي ا ة يحله الموت؛ إذ كان الموت مفارقة الحياة، وما يحله الموت ينجس به كاللحم.

قال الحسن لبعض أصحابه، لما سقط ضرسه: أشعرت أن بعضي مات اليوم، وقولهم: إن سبب التنجيس اتصال الدماء والرطوبات، قد أجبنا عنه فيما مضى.

[فصل الآنية من القرن والظفر والحافر]

(٨٤) فصل: والقرن والظفر والحافر كالعظم، إن أخذ من مذكى فهو طاهر؛ وإن أخذ من حي فهو نجس؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ما يقطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة» رواه الترمذي، وقال: حديث حسن غريب، وكذلك ما يتساقط من قرون الوعول في حياتها، ويحتمل أن هذا طاهر؛ لأنه طاهر متصل، مع عدم الحياة فيه، فلم ينجس بفصله من الحيوان، ولا بموت الحيوان كالشعر، والخبر أريد به ما يقطع من البهيمة مما فيه حياة؛ لأنه بفصله يموت، وتفارقه الحياة، بخلاف هذا، فإنه لا يموت بفصله، فهو أشبه بالشعر، وما لا ينجس بالموت لا بأس بعظامه كالسمك؛ لأن موته كتذكية الحيوانات المأكولة.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٥٣/١

[فصل لبن الميتة وإنفحتها]

(٨٥) فصل: ولبن الميتة وإنفحتها نجس في ظاهر المذهب. وهو قول مالك، والشافعي، وروي أنها طاهرة،." (١)

"وأصحاب الرأي.

وكان ابن مسعود لا يرى التيمم للجنب، ونحوه عن عمر، - رضي الله عنهما -، وروى البخاري عن شقيق بن سلمة، أن أبا موسى ناظر ابن مسعود في ذلك، واحتج عليه بحديث عمار، وبالآية التي في المائدة، قال: فما درى عبد الله ما يقول، فقال: إنا لو رخصنا لهم في هذا لأوشك إذا برد على أحدهم الماء أن يدعه ويتيمم. وقال الترمذي: ويروى عن ابن مسعود أنه رجع عن قوله.

ومما يدل على إباحة التيمم للجنب: ما روى عمران بن حصين «، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رأى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم، فقال: يا فلان، ما منعك أن تصلي مع القوم؟ . فقال: أصابتني جنابة، ولا ماء. قال: عليك بالصعيد، فإنه يكفيك» . متفق عليه. وحديث أبي ذر، وعمرو بن العاص، وحديث جابر في الذي أصابته الشجة؛ لأنه حدث فيجوز له التيمم، كالحدث الأصغر،

ومنها أن الجريح والمريض إذا خاف على نفسه من استعمال الماء، جاز له التيمم، هذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم ابن عباس، ومجاهد، وعكرمة، وطاوس، والنخعي، وقتادة، ومالك، والشافعي. ولم يرخص له عطاء في التيمم إلا عند عدم الماء؛ لظاهر الآية، ونحوه عن الحسن في المجدور الجنب، قال: لا بد من الغسل ولنا قول الله تعالى: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم﴾ [النساء: ٢٩] . وحديث عمرو بن العاص حين تيمم من خوف البرد، وحديث ابن عباس، وجابر في الذي أصابته الشجة؛ ولأنه يباح له التيمم إذا خاف العطش، أو خاف من سبع، فكذلك هاهنا، فإن الخوف لا يختلف، وإنما اختلفت جهاته.

[فصل الخوف المبيح للتيمم]

(٣٧٠) فصل: واختلف في الخوف المبيح للتيمم، فروي عن أحمد: لا يبيحه إلا خوف التلف. وهذا أحد قولي الشافعي. وظاهر المذهب: أنه يباح له التيمم إذا خاف زيادة المرض، أو تباطؤ البرء، أو خاف شيئا." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١/٥٤

(٢) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١/١٨٩

"متوقف على إبطال المصلي صلاته، بخلاف مسألتنا، ويحتمل أن تكون كمسألتنا؛ لأن الماء وجد بعد الدخول في الصلاة.

(٣٨٦) فصل: وإذا قلنا لا يلزم المصلي الخروج لرؤية الماء، فهل يجوز له الخروج؟ فيه وجهان: أحدهما، له ذلك؛ لأنه شرع في مقصود البدل، فخير بين الرجوع إلى المبدل، وبين إتمام ما شرع فيه، كمن شرع في صوم الكفارة، ثم أمكنه الرقبة. والثاني لا يجوز له الخروج؛ لأن ما لا يوجب الخروج من الصلاة لا يبيح الخروج منها، كسائر الأشياء. ولأصحاب الشافعي وجهان، كهذين.

[فصل رأى ماء في الصلاة ثم انقلب قبل استعماله]

(٣٨٧) فصل: إذا رأى ماء في الصلاة، ثم انقلب قبل استعماله، فإن قلنا يلزمه الخروج من الصلاة. فقد بطلت صلاته وتيممه برؤية الماء، والقدرة عليه، ويلزمه استئناف التيمم والصلاة، وإن قلنا لا تبطل صلاته. واندفق وهو فيها، فقال ابن عقيل: ليس له أن يصلي بذلك التيمم صلاة أخرى. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن رؤية الماء حرمت عليه افتتاح صلاة أخرى. ولو تلبس بنافلة، ثم رأى ماء؛ فإن كان نوى عددا، أتى به. وإن لم يكن نوى عددا، لم يكن له أن يزيد على ركعتين؛ لأنه أقل الصلاة، على ظاهر المذهب. قال الشيخ، – رحمه الله –: ويقوى عندي أننا إذا قلنا لا تبطل الصلاة برؤية الماء. فله افتتاح صلاة أخرى؛ لأن رؤية الماء لم تبطل التيمم، ولو بطل لبطلت الصلاة، وما وجد بعدها لا يبطله، فأشبه ما لو رآه وبينه وبينه سبع ثم اندفق قبل زوال المانع، وله أن يصلي ما يشاء، كما لو لم ير الماء.

[فصل تيمم ثم رأى ركبا يظن أن معه ماء]

(٣٨٨) فصل: إذا تيمم، ثم رأى ركبا يظن أن معه ماء، وقلنا بوجوب الطلب، أو رأى خضرة، أو شيئا يدل على الماء في موضع يلزمه الطلب فيه، بطل تيممه، وكذلك إن رأى سرابا ظنه ماء، بطل تيممه. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنه لما وجب الطلب بطل التيمم. وسواء تبين له خلاف ظنه أو لم يتبين. فأما إن رأى الركب أو الخضرة في الصلاة، لم تبطل صلاته ولا تيممه؛ لأنه دخل فيها بطهارة متيقنة، فلا تزول بالشك، ويحتمل أن لا يبطل تيممه أيضا، إذا كان خارجا من الصلاة؛ لأن الطهارة المتيقنة لا تبطل بالشك، كطهارة

الماء، ووجوب الطلب ليس بمبطل للتيمم؛ لأن كونه مبطلا إنما يثبت بدليل شرعي، وليس في هذا نص، ولا معنى نص، فينتفي الدليل.." (١)

"[فصل أذان الأعمى]

(٥٧١) فصل: ويستحب أن يكون المؤذن بصيرا؛ لأن الأعمى لا يعرف الوقت، فربما غلط، فإن أذن الأعمى صح أذانه فإن ابن أم مكتوم كان يؤذن للنبي - صلى الله عليه وسلم - قال ابن عمرو: كان رجلا أعمى لا ينادي حتى يقال له " أصبحت أصبحت " رواه البخاري. ويستحب أن يكون معه بصير يعرفه الوقت، أو يؤذن بعد مؤذن بصير، كما كان ابن أم مكتوم يؤذن بعد أذان بلال ويستحب أن يكون عالما بالأوقات؛ ليتحراها، فيؤذن في أولها، وإذا لم يكن عالما فربما غلط وأخطأ. فإن أذن الجاهل صح أذانه، فإنه إذا صح أذان الأعمى فالجاهل أولى.

ويستحب أن يكون صيتا، يسمع الناس «واختار النبي - صلى الله عليه وسلم - أبا محذورة للأذان» لكونه صيتا، وفي حديث عبد الله بن زيد، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال له: ألقه على بلال؛ فإنه أندى صوتا منك» ويستحب أن يكون حسن الصوت؛ لأنه أرق لسامعه.

[فصل أخذ الأجرة على الأذان]

(٥٧٢) فصل: ولا يجوز أخذ الأجرة على الأذان في **ظاهر المذهب** وكرهه القاسم بن عبد الرحمن، والأوزاعي، وأصحاب الرأي وابن المنذر؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «قال لعثمان بن أبي العاص: واتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا» . رواه أبو داود، وابن ماجه، والترمذي، وقال: حديث حسن. ولأنه قربة لفاعله، لا يصح إلا من مسلم، فلم يستأجره عليه كالإمامة. وحكي عن أحمد رواية أخرى: أنه يجوز أخذ الأجرة عليه. ورخص فيه مالك، وبعض الشافعية؛ لأنه عمل معلوم، يجوز أخذ الرزق عليه، فجاز أخذ الأجرة عليه، كسائر الأعمال، ولا نعلم خلافا في جواز أخذ الرزق عليه.

وهذا قول الأوزاعي والشافعي؛ لأن بالمسلمين حاجة إليه، وقد لا يوجد متطوع به، وإذا لم يدفع الرزق فيه يعطل، ويرزقه الإمام من الفيء؛ لأنه المعد للمصالح، فهو كأرزاق القضاة والغزاة، وإن وجد متطوع به لم يرزق غيره؛ لعدم الحاجة إليه.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١/١٩٩

[فصل يتولى الإقامة من تولى الأذان]

(٥٧٣) فصل: وينبغي أن يتولى الإقامة من تولى الأذان، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك: لا فرق." (١)

"كما نقل الإمام، وفي حديث ابن أبي أوفى «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: سمع الله لمن حمده، اللهم ربنا لك الحمد» ، وكذلك في حديث بريدة؛ فاستحب الاقتداء به في القولين، وقال الشافعي: السنة أن يقول: ربنا لك الحمد؛ لأن الواو للعطف، وليس هاهنا شيء يعطف عليه.

ولنا أن السنة الاقتداء بالنبي – صلى الله عليه وسلم – ولأن إثبات الواو أكثر حروفا، ويتضمن الحمد مقدرا ومظهرا، فإن التقدير: ربنا حمدناك ولك الحمد. فإن الواو لما كانت للعطف ولا شيء هاهنا تعطف عليه ظاهرا، دلت على أن في الكلام مقدرا، كقوله: " سبحانك اللهم وبحمدك "، أي وبحمدك سبحانك، وكيفما قال جاز، وكان حسنا؛ لأن كلا قد وردت السنة به.

[مسألة لا يشرع للمأموم قول سمع الله لمن حمده]

(٧٠٨) مسألة: قال: (فإن كان مأموما، لم يزد على قول: ربنا ولك الحمد) لا أعلم في المذهب خلافا أنه لا يشرع للمأموم قول: " سمع الله لمن حمده "، وهذا قول ابن مسعود، وابن عمر، وأبي هريرة، والشعبي، ومالك، وأصحاب الرأي، وقال ابن سيرين، وأبو بردة، وأبو يوسف، ومحمد، والشافعي، وإسحاق: يقول ذلك كالإمام؛ لحديث بريدة، ولأنه ذكر شرع للإمام فيشرع للمأموم، كسائر الأذكار. ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده، فقولوا: ربنا ولك الحمد» .

وهذا يقتضي أن يكون قولهم " ربنا ولك الحمد " عقيب قوله " سمع الله لمن حمده " بغير فصل؛ لأن الفاء للتعقيب، وهذا ظاهر يجب تقديمه على القياس، وعلى حديث بريدة، لأن هذا صحيح مختص بالمأموم، وحديث بريدة في إسناده جابر الجعفي، وهو عام، وتقديم الصحيح الخاص أولى، فأما قول: " ملء السماء " وما بعده، ف**ظاهر المذهب** أنه لا يسن للمأموم، نص عليه أحمد في رواية أبي داود وغيره، وهو قول أكثر الأصحاب؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – اقتصر على أمرهم بقول: " ربنا ولك الحمد ". فدل على أنه لا يشرع في حقهم سواه. ونقل الأثرم عن أحمد كلاما يدل على أنه مسنون، قال: وليس يسقط خلف الإمام عنه غير: " سمع الله لمن حمده ". وهذا اختيار أبي الخطاب، ومذهب الشافعي؛

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١/ ٣٠١

لأنه ذكر مشروع في الصلاة، أشبه سائر الأذكار.

[فصل موضع قول ربنا ولك الحمد]

فصل: وموضع قول: " ربنا ولك الحمد " في حق الإمام والمنفرد، بعد الاعتدال من الركوع؛ لأنه في حال رفعه يشرع في حقه قول: " سمع الله لمن حمده "، فأما المأموم ففي حال رفعه؛ لأن قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا قال الإمام: سمع الله لمن حمده. فقولوا: ربنا ولك الحمد» . يقتضي تعقيب قول الإمام قول." (١)

"فقالت امرأة من النساء: واروا عنا عورة قارئكم. فاشتروا لي قميصا عمانيا، فما فرحت بشيء بعد الإسلام فرحي به.» ورواه أبو داود،، والنسائي أيضا، عن عاصم الأحول، عن عمرو بن سلمة، قال: «فكنت أؤمهم في بردة موصلة فيها فتق، فكنت إذا سجدت فيها خرجت استي» .

وهذا ينتشر ولم ينكر، ولا بلغنا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنكره ولا أحد من أصحابه؛ ولأن ما صحت الصلاة مع كثيره حال العذر، فرق بين قليله وكثيره في غير حال العذر، كالمشي، ولأن الاحتراز من اليسير يشق، فعفي عنه كيسير الدم. إذا ثبت هذا فإن حد الكثير ما فحش في النظر، ولا فرق في ذلك بين الفرجين وغيرهما. واليسير ما لا يفحش، والمرجع في ذلك إلى العادة، إلا أن المغلظة يفحش منها ما لا يفحش من غيرها، فيعتبر ذلك في المانع من الصلاة.

وقال أبو حنيفة: إن انكشف من المغلظة قدر الدرهم أو من المخففة أقل من ربعها، لم تبطل الصلاة. وإن كان أكثر، بطلت. ولنا، أن هذا شيء لم يرد الشرع بتقديره، فرجع فيه إلى العرف، كالكثير من العمل في الصلاة، والتفرق والإحراز، والتقدير بالتحكم من غير دليل لا يسوغ.

[فصل انكشفت عورته عن غير عمد في الصلاة فسترها في الحال]

(٨٠٦) فصل: فإن انكشفت عورته عن غير عمد، فسترها في الحال، من غير تطاول الزمان، لم تبطل؛ لأنه يسير من الزمان، أشبه اليسير في القدر. وقال التميمي في "كتابه ": إن بدت عورته وقتا واستترت وقتا، فلا إعادة عليه؛ لحديث عمرو بن سلمة. ولم يشترط اليسير، ولا بد من اشتراطه؛ لأن الكثير يفحش انكشاف العورة فيه، ويمكن التحرز منه، فلم يعف عنه، كالكثير من القدر.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣٦٧/١

[مسألة كان على عاتقه شيء من اللباس في الصلاة]

(٨٠٧) مسألة: قال: إذا كان على عاتقه شيء من اللباس وجملة ذلك، أنه يجب أن يضع المصلي على عاتقه شيئا من اللباس، إن كان قادرا على ذلك. وهو قول ابن المنذر. وحكي عن أبي جعفر، أن الصلاة لا تجزئ من لم يخمر منكبيه. وقال أكثر الفقهاء: لا يجب ذلك، ولا يشترط لصحة الصلاة. وبه قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأنهما ليسا بعورة، فأشبها بقية البدن. ولنا، ما روى أبو هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا يصلي الرجل في الثوب الواحد، ليس على عاتقه منه شيء» . رواه البخاري، ومسلم، وأبو داود، وابن ماجه، وغيرهم.

وهذا نهي يقتضي التحريم، ويقدم على القياس. وروى أبو داود، عن بريدة، قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يصلي في لحاف لا يتوشح به وأن يصلي في سراويل، ليس عليه رداء» . ويشترط ذلك لصحة الصلاة في ظاهر المذهب، لأنه منهي عن تركه في الصلاة، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأنها سترة واجبة في الصلاة، والإخلال بها يفسدها، كستر العورة. وذكر القاضي، أنه نقل عن أحمد، ما يدل على أنه ليس بشرط، وأخذه من رواية مثنى بن جامع، عن أحمد فيمن صلى وعليه سراويل، وثوبه على إحدى عاتقيه، والأخرى مكشوفة: يكره. قيل له: يؤمر أن يعيد؟ فلم ير عليه إعادة. وهذا يحتمل أنه لم ير." (١)

"إحداهما يتمها.

وقال طاوس والحسن والشافعي وأبو ثور: يتم صلاته، ويقضي الفائتة لا غير. ولنا على وجوب الإعادة، حديث ابن عمر، وحديث أبي جمعة، ولأنه ترتيب واجب، فوجب اشتراطه لصحة الصلاة، كترتيب المجموعتين. ولنا على أنه يتم الصلاة قوله تعالى: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ [محمد: ٣٣] . وحديث ابن عمر، وحديث أبي جمعة أيضا، قال: يتعين حمله على أنه ذكرها وهو في الصلاة، فإنه لو نسيها حتى يفرغ من الصلاة لم يجب قضاؤها، ولأنها صلاة ذكر فيها فائتة، فلم تفسد كما لو كان مأموما، فإن **ظاهر المذهب** أنه يمضي فيها. قال أبو بكر: لا يختلف كلام أحمد، إذا كان وراء الإمام، أنه يمضي مع الإمام، ويعيدهما جميعا ".

واختلف قوله إذا كان وحده، قال: والذي أقول، أنه يمضي، لأنه يشنع أن يقطع ما دخل فيه قبل أن يتمه،

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤١٥/١

فإن مضى الإمام في صلاته بعد ذكره، انبنت صلاة المأمومين على ائتمام المفترض بالمتنفل، والأولى أن ذلك يصح؛ لما سنذكره فيما بعد، إن شاء الله تعالى. وإذا قلنا: يمضي في صلاته فليس ذلك بواجب فإن الصلاة تصير نفلا فلا يلزم ائتمامه. قال مهنا: قلت لأحمد: إني كنت في صلاة العتمة، فذكرت أني لم أكن صليت المغرب، فصليت العتمة، ثم أعدت المغرب والعتمة؟ قال: أصبت. فقلت: أليس كان ينبغي أن أخرج حين ذكرتها؟ قال: بلى. قلت: فكيف أصبت؟ قال: كل جائز.

[فصل ذكر صلاة وهو في أخرى]

(٨٤٦) فصل: وقول الخرقي: " ومن ذكر صلاة وهو في أخرى " يدل على أنه متى صلى ناسيا للفائتة أن صلاته صحيحة وقد نص أحمد على هذا في رواية الجماعة، قال: متى ذكر الفائتة وقد سلم، أجزأته، ويقضي الفائتة. وقال مالك: يجب الترتيب مع النسيان. ولعل من يذهب إلى ذلك يحتج بحديث أبي جمعة وبالقياس على المجموعتين. ولنا، عموم قوله – صلى الله عليه وسلم – «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان» . ولأن المنسية ليس عليها أمارة، فجاز أن يؤثر فيها النسيان، كالصيام.

وأما حديث أبي جمعة، فإنه من رواية ابن لهيعة، وفيه ضعف، ويحتمل أن النبي – صلى الله عليه وسلم – ذكرها وهو في الصلاة. وأما المجموعتان فإنما لم يعذر بالنسيان؛ لأن عليهما أمارة، وهو اجتماع الجماعة، بخلاف مسألتنا، ولا فرق بين أن يكون قد سبق منه ذكر الفائتة أو لم يسبق منه لها ذكر، نص عليه أحمد؛ لعموم ما ذكرناه من الدليل، والله أعلم.." (١)

"فاقتادوا رواحلهم» ، ولأنه ركن من أركان الإسلام مؤقت، فلم يجز تقديم فائتة على حاضرة يخاف فواتها كالصيام.

وقوله – عليه السلام – «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها متى ذكرها» مخصوص بما إذا ذكرت فوائت فإنه لا يلزمه في الحال إلا الأولى، فنقيس عليه ما إذا اجتمعت حاضرة – يخاف فوتها – وفائتة، لتأكد الحاضرة بما بيناه. فإن قيل: فقد قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا صلاة لمن عليه صلاة» . قلنا: هذا الحديث لا أصل له. قال إبراهيم الحربي: قيل لأحمد: حديث النبي – صلى الله عليه وسلم – «لا صلاة لمن عليه صلاة» فقال: لا أعرف هذا اللفظ. قال إبراهيم: ولا سمعت بهذا عن النبي – صلى الله عليه وسلم –. فعلى هذه الرواية، يبدأ فيقضي الفوائت على الترتيب حتى إذا خاف فوت الحاضرة، صلاها،

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١/٤٣٦

ثم عاد إلى قضاء الفوائت. نص أحمد على هذا.

فإن حضرت جماعة في صلاة الحاضرة، فقال أحمد، في رواية أبي داود، في من عليه صلوات فائتة فأدركته الظهر، ولم يفرغ من الصلوات: يصلي مع الإمام الظهر ويحسبها من الفوائت، ويصلي الظهر في آخر الوقت، فإن كان عليه عصر وأقيمت صلاة الظهر، فقد ذكر بعض أصحابنا. في من عليه فائتة، وخشي فوات الجماعة، روايتين؛ إحداهما، يسقط الترتيب لأنه اجتمع واجبان، الترتيب والجماعة، ولا بد من تفويت أحدهما، فكان مخيرا فيهما.

فأما على الرواية التي ذكرناها، في جواز تقديم الحاضرة على الفوائت إذا كثرت، في أول وقتها، فإنه يصلي الحاضرة مع الجماعة متى حضرت، ولا يحتاج إلى إعادتها. وهذا أحسن وأصح، إن شاء الله تعالى، والثانية، لا يسقط الترتيب؛ لأنه آكد من الجماعة بدليل اشتراطه لصحة الصلاة، بخلاف الجماعة، وهذا ظاهر المذهب. فإن أراد أن يصلي العصر الفائتة خلف من يؤدي الظهر ابتنى ذلك على جواز ائتمام من يصلي العصر خلف من يصلي الظهر. وفيه روايتان، سنذكرهما إن شاء الله تعالى. قال أحمد، في من ترك صلاة سنين: يعيدها، فإذا جاء وقت صلاة مكتوبة صلاها، ويجعلها من الفوائت التي يعيدها، ويصلي الظهر في آخر الوقت. وقال: لا يصلي مكتوبة إلا في آخر وقتها حتى يقضي التي عليه من الصلوات.

[فصل ترك ظهرا وعصرا من يومين لا يدري أيهما أولا]

(٨٤٨) فصل: إذا ترك ظهرا وعصرا من يومين، لا يدري أيهما أولا. ففي ذلك روايتان: إحداهما، أنه يجزئ أن يتحرى أيهما نسي أولا، فيقضيها، ثم يقضي الأخرى. نقل الأثرم عن أحمد أنه يعمل على أكثر ذلك في نفسه ثم يقضي. يعني أنه يتحرى أيهما نسي أولا فيقضيها، ثم يقضي الأخرى. وهذا قول أبي يوسف، ومحمد؛ لأن الترتيب مما تبيح الضرورة تركه، بدليل ما إذا تضايق الوقت أو نسي الفائتة، فيدخله التحري كالقبلة. والرواية الثانية: أنه يصلي الظهر ثم العصر بغير تحر.

نقلها مهنا؛ لأن التحري فيما فيه أمارة، وهذا لا أمارة فيه يرجع إليها، فرجع فيه إلى ترتيب الشرع ويحتمل أن يلزمه صلاة الظهر، ثم العصر، ثم الظهر." (١)

"والأصل في ذلك قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «علموا الصبي الصلاة ابن سبع سنين واضربوه عليها ابن عشر» رواه الأثرم، وأبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن. وهذا لفظ رواية الترمذي، ولفظ

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٣٨/١

حديث غيره: «مروا الصبي بالصلاة لسبع سنين واضربوه عليها لعشر، وفرقوا بينهم في المضاجع» .
وهذا الأمر والتأديب المشروع في حق الصبي لتمرينه على الصلاة، كي يألفها ويعتادها، ولا يتركها عند البلوغ، وليست واجبة عليه في ظاهر المذهب. ومن أصحابنا من قال: تجب عليه لهذا الحديث، فإن العقوبة لا تشرع. إلا لترك واجب، ولأن حد الواجب: ما عوقب على تركه، ولأن أحمد قد نقل عنه في ابن أربع عشرة: إذا ترك الصلاة يعيد.
ولعل أحمد، - رحمه الله - أمر بذلك على طريق الاحتياط؛ فإن الحديث قد ثبت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ» . ولأنه صبي فلم يجب عليه كالصغير، يحققه أن الصبي ضعيف العقل والبنية، ولا بد من ضابط يضبط الحد الذي تتكامل فيه بنيته وعقله، فإنه يتزايد تزايدا خفي التدريج، فلا يعلم ذلك بنفسه، والبلوغ ضابط لذلك، ولهذا تجب به الحدود، وتؤخذ به الجزية من الذمي إذا بلغه، ويتعلق به أكثر أحكام التكليف، فكذلك الصلاة. وقول أحمد في ذلك يحمل على سبيل الاحتياط، مخافة أن يكون قد بلغ، ولهذا قيده بابن أربع عشرة، ولو أراد ما قالوا لما اختص بابن أربع عشرة دون غيره. وهذا التأديب هاهنا للتمرين والتعويد، كالضرب على تعلم الخط والقرآن والصناعة وأشباهها، ولا خلاف في أنها تصح من الصبي العاقل، ولا فرق بين الذكر والأنثى فيما ذكرناه.

[فصل يعتبر لصلاة الصبي من الشروط ما يعتبر في صلاة البالغ]
(٨٥٦) فصل: ويعتبر لصلاة الصبي من الشروط ما يعتبر في صلاة البالغ، إلا أن قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» يدل على صحة صلاة غير الحائض بغير الخمار.

[مسألة سجود القرآن أربع عشرة سجدة]
(٨٥٧) مسألة: قال: (وسجود القرآن أربع عشرة سجدة) المشهور في المذهب أن عزائم سجود القرآن أربع عشرة سجدة، وهو قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين والشافعي في أحد القولين. وممن روي عنه أن في المفصل ثلاث سجدات أبو بكر، وعلي. وابن مسعود، وعمار، وأبو هريرة، وابن عمر، وعمر بن عبد العزيز، وجماعة من التابعين وبه قال الثوري، والشافعي، وأبو حنيفة، وإسحاق،، وعن أحمد، - رحمه الله -، رواية أخرى، أنها خمس عشرة سجدة منها سجدة (ص) . وروي ذلك عن عقبة بن عامر، وهو قول إسحاق، لما روى ابن ماجه، وأبو داود عن عمرو بن العاص «، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أقرأه خمس عشرة سجدة، منها ثلاث في المفصل، وفي سورة الحج سجدتان» . وقال مالك، في رواية

والشافعي في قول: عزائم السجود إحدى عشرة سجدة، ليس منها شيء من المفصل. قال ابن عبد البر: هذا قول ابن عمر، وابن عباس، وسعيد بن المسيب، وابن جبير، والحسن، وعكرمة، ومجاهد، وعطاء، وطاوس، ومالك، وطائفة من أهل المدينة؛ لأن
أبا الدرداء قال: «سجدت مع النبي - صلى الله عليه وسلم - إحدى عشرة ليس فيها من المفصل شيء» . رواه ابن ماجه. وروى ابن عباس: «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يسجد في شيء من المفصل منذ تحول إلى المدينة.» رواه أبو داود.
ولنا، ما روى أبو رافع، قال: «صليت خلف أبي هريرة العتمة، فقرأ ﴿إذا السماء انشقت﴾ [الانشقاق: ١] . فسجد، فقلت: ما هذه السجدة؟ قال: سجدت بها خلف أبي القاسم - صلى الله عليه وسلم - فلا أزال أسجد فيها حتى ألقاه» .
رواه." (١)

"قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعدما يسلم» رواهما أبو داود. ولنا، أنه قد ثبت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - السجود قبل السلام، وبعده في أحاديث صحيحة، متفق عليها، ففيما ذكرناه عمل بالأحاديث كلها، وجمع بينها، من غير ترك شيء منها، وذلك واجب مهما أمكن، فإن خبر النبي - صلى الله عليه وسلم - حجة يجب المصير إليه، والعمل به، ولا يترك إلا لمعارض مثله، أو أقوى منه، وليس في سجوده، بعد السلام أو قبله، في صورة، ما ينفي سجوده في صورة أخرى في غير ذلك الموضع، وذكر نسخ حديث ذي اليدين لا وجه له، فإن راوييه أبا هريرة وعمران بن حصين هجرتهما متأخرة.
وقول الزهري مرسل لا يقتضي نسخا، فإنه لا يجوز أن يكون آخر الأمرين سجوده قبل السلام؛ لوقوع السهو في آخر الأمر فيما سجوده قبل السلام. وحديث ثوبان راويه إسماعيل بن عياش وفي روايته عن أهل الحجاز ضعف. وحديث ابن جعفر فيه ابن أبي ليلى، وهو ضعيف. وقال الأثرم: لا يثبت واحد منهما.

[فصل شك في صلاته فلم يدر كم صلى]
(٩٠١) فصل في تفصيل المسائل التي ذكرها الخرقي في هذه المسألة: قوله (مثل المنفرد إذا شك في صلاته، فلم يدر كم صلى، فبنى على اليقين) . قد ذكرنا أن ظاهر المذهب، أن المنفرد يبني على اليقين.

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١/٤٤١

ومعناه أنه ينظر ما تيقن أنه صلاه من الركعات، فيتم عليه، ويلغي ما شك فيه. كما قال النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث عبد الرحمن بن عوف: «إذا شك أحدكم في الثنتين والواحدة، فليجعلها واحدة، وإذا شك في الثنتين والثلاث، فليجعلهما ثنتين، وإذا شك في الثلاث والأربع فليجعلها ثلاثا، ثم ليتم ما بقي من صلاته، حتى يكون الوهم في الزيادة. ثم يسجد سجدتين وهو جالس قبل أن يسلم» رواه ابن ماجه هكذا

وسواء غلب على ظنه خلاف ذلك أم لم يغلب على ظنه، إلا أن يكون هذا الوهم مثل الوسواس، فقد قال ابن أبي موسى إذا كثر السهو حتى يصير مثل الوسواس، لها عنه وذكرنا أن في المنفرد رواية أخرى، أنه يبني على ما يغلب على ظنه والصحيح في المذهب ما ذكر الخرقي - رحمه الله -، والحكم في الإمام إذا بنى على اليقين، أنه يسجد قبل السلام كالمنفرد. وإذا تحرى المنفرد على الرواية الأخرى، سجد بعد السلام

[فصل قام المصلي في موضع جلوس أو جلس في موضع قيام]

(٩٠٢) فصل: قوله: أو قام في موضع جلوس أو جلس في موضع قيام ". أكثر أهل العلم يرون أن هذا يسجد له. وممن قال ذلك ابن مسعود، وقتادة، والثوري،." (١)

"وقال عطاء والحكم وحماد: إذا خفيت النجاسة في الثوب نضحه كله. وقال ابن شبرمة: يتحرى مكان النجاسة فيغسله.

ولعلهم يحتجون بحديث سهل بن حنيف في المذي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: قلت يا رسول الله فكيف بما أصاب ثوبي منه؟ قال: «يجزئك أن تأخذ كفا من ماء، فتنضح به حيث ترى أنه أصاب منه.» فأمره بالتحري والنضح. ولنا، أنه متيقن للمانع من الصلاة. فلم تبح له الصلاة إلا بتيقن زواله كمن تيقن الحدث وشك في الطهارة، والنضح لا يزيل النجاسة، وحديث سهل في المذي دون غيره، فلا يعدى، لأن أحكام النجاسة تختلف.

وقوله: حيث ترى أنه أصاب منه ". محمول على من ظن أنه أصاب ناحية من ثوبه، من غير تيقن، فيجزئه نضح المكان أو غسله.

[فصل إن خفيت النجاسة في فضاء واسع صلى حيث شاء]

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٩/٢

(٩٨٤) فصل: وإن خفيت النجاسة في فضاء واسع، صلى حيث شاء، ولا يجب غسل جميعه، لأن ذلك يشق، فلو منع من الصلاة أفضى إلى أن لا يجد موضعا يصلي فيه، فأما إن كان موضعا صغيرا، كبيت ونحوه، فإنه يغسله كله؛ لأنه لا يشق غسله، فأشبه الثوب.

[مسألة ما خرج من الإنسان أو البهيمة التي لا يؤكل لحمها من بول أوغيره]

(٩٨٥) مسألة: قال: (وما خرج من الإنسان، أو البهيمة التي لا يؤكل لحمها من بول أو غيره، فهو نجس) يعني ما خرج من السبيلين، كالبول، والغائط، والمذي، والودي، والدم، وغيره. فهذا لا نعلم في نجاسته خلافا، إلا أشياء يسيرة، نذكرها إن شاء الله تعالى. أما بول الآدمي، فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «في الذي مر به وهو يعذب في قبره إنه كان لا يستبرئ من بوله» . متفق عليه. وروي في خبر «أن عامة عذاب القبر من البول» .

وأما الودي، فهو ماء أبيض يخرج عقيب البول خاثر، فحكمه حكم البول سواء؛ لأنه خارج من مخرج البول، وجار مجراه. وأما المذي، فهو ماء لزج رقيق يخرج عقيب الشهوة، على طرف الذكر، فظاهر المذهب أنه نجس. قال هارون الحمال: سمعت أبا عبد الله يذهب في المذي إلى أنه يغسل ما أصاب الثوب منه، إلا أن يكون يسيرا. وقد ذكرنا الاختلاف في العفو عن يسيره فيما مضى وروي عن أحمد - رحمه الله - أنه بمنزلة المني. قال في رواية محمد بن الحكم: إنه سأل أبا عبد الله عن المذي أشد أو المني، قال: هما سواء، ليسا من مخرج البول، إنما هما من الصلب والترائب، كما قال ابن عباس: هو عندي بمنزلة البصاق والمخاط.

وذكر ابن عقيل نحو هذا، وعلل بأن المذي جزء من المني؛ لأن سببهما جميعا الشهوة، ولأنه خارج تحلله الشهوة، أشبه المني فظاهر المذهب أنه نجس لأنه خارج من السبيل، ليس بدءا لخلق آدمي، فأشبه البول،." (١)

"[باب صلاة العيدين]

. الأصل في صلاة العيد الكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فصل لربك وانحر﴾ [الكوثر: ٢] . المشهور في التفسير أن المراد بذلك صلاة العيد. وأما السنة فثبت بالتواتر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يصلي صلاة العيدين. قال ابن عباس: «شهدت صلاة الفطر مع رسول الله -

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٦٤/٢

صلى الله عليه وسلم – وأبي بكر، وعمر، فكلهم يصليها قبل الخطبة.» وعنه «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – صلى العيد بغير أذان ولا إقامة» . متفق عليهما.

وأجمع المسلمون على صلاة العيدين. وصلاة العيد فرض على الكفاية، في ظاهر المذهب، إذا قام بها من يكفي سقطت عن الباقين، وإن اتفق أهل بلد على تركها قاتلهم الإمام. وبه قال بعض أصحاب الشافعي.

وقال أبو حنيفة: هي واجبة على الأعيان، وليست فرضا، لأنها صلاة شرعت لها الخطبة، فكانت واجبة على الأعيان، وليست فرضا. كالجمعة. وقال ابن أبي موسى: قيل إنها سنة مؤكدة غير واجبة. وبه قال مالك، وأكثر أصحاب الشافعي؛ «لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – للأعرابي حين ذكر خمس صلوات قال: هل علي غيرهن؟ قال: لا إلا أن تطوع.» وقوله – عليه السلام –: «خمس صلوات كتبهن الله على العبد.» الحديث.

ولأنها صلاة ذات ركوع وسجود لم يشرع لها أذان، فلم تجب ابتداء بالشرع، كصلاة الاستسقاء والكسوف. ثم اختلفوا، فقال بعضهم: إذا امتنع جميع الناس من فعلها قاتلهم الإمام عليها. وقال بعضهم: لا يقاتلهم. ولنا، على أنها لا تجب على الأعيان أنها لا يشرع لها الأذان، فلم تجب على الأعيان، كصلاة الجنازة، ولأن الخبر الذي ذكره مالك ومن وافقه يقتضي نفي وجوب صلاة سوى الخمس، وإنما خولف بفعل النبي – صلى الله عليه وسلم – ومن صلى معه، فيختص بمن كان مثلهم، ولأنها لو وجبت على الأعيان لوجبت خطبتها، ووجب استماعها كالجمعة.

ولنا، على وجوبها في الجملة. أمر الله تعالى بها، بقوله ﴿فصل لربك وانحر﴾ [الكوثر: ٢] والأمر يقتضي الوجوب، ومداومة النبي – صلى الله عليه وسلم – على فعلها، وهذا دليل الوجوب. ولأنها من أعلام الدين الظاهرة، فكانت واجبة كالجمعة، ولأنها لو لم تجب لم يجب قتال تاركيها، كسائر السنن، يحققه أن القتال عقوبة لا تتوجه إلى تارك مندوب كالقتل والضرب. فأما حديث الأعرابي فلا حجة لهم فيه؛ لأن الأعراب لا تلزمهم الجمعة، لعدم الاستيطان، فالعيد أولى.

والحديث الآخر مخصوص بما ذكرناه، على أنه إنما صرح بوجوب الخمس، وخصها بالذكر، لتأكيدها ووجوبها على الأعيان،." (١)

"[مسألة خاف وهو مقيم أن يصلي]

(١٤٤٧) مسألة؛ قال: (وإن خاف وهو مقيم، صلى بكل طائفة ركعتين، وأتمت الطائفة الأولى بالحمد لله

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢/٢٧٢

في كل ركعة، والطائفة الأخرى تتم بالحمد لله وسورة) وجملة ذلك أن صلاة الخوف جائزة في الحضر، إذا احتيج إلى ذلك بنزول العدو قريبا من البلد. وبه قال الأوزاعي، والشافعي.

وحكي عن مالك أنها لا تجوز في الحضر؛ لأن الآية إنما دلت على صلاة ركعتين، وصلاة الحضر أربعا، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يفعلها في الحضر. وخالفه أصحابه، فقالوا كقولنا. ولنا، قول الله تعالى: ﴿وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة﴾ [النساء: ١٠٢] الآية، وهذا عام في كل حال، وترك النبي – صلى الله عليه وسلم – فعلها في الحضر إنما كان لغناه عن فعلها في الحضر.

وقولهم: إنما دلت الآية على ركعتين. قلنا: وقد يكون في الحضر ركعتان، الصبح والجمعة، والمغرب ثلاث، ويجوز فعلها في الخوف في السفر، ولأنها حالة خوف، فجازت فيها صلاة الخوف كالسفر، فإذا صلى بهم الرباعية صلاة الخوف، فرقهم فرقتين، فصلى بكل طائفة ركعتين، وهل تفارقه الطائفة الأولى في التشهد الأول، أو حين يقوم إلى الثالثة؟ على وجهين: أحدهما، حين قيامه إلى الثالثة.

وهو قول مالك، والأوزاعي؛ لأنه يحتاج إلى التطويل من أجل الانتظار، والتشهد يستحب تخفيفه، ولذلك كان النبي – صلى الله عليه وسلم – إذا جلس للتشهد كأنه على الرضف حتى يقوم. ولأن ثواب القائم أكثر، ولأنه إذا انتظرهم جالسا، فجاءت الطائفة، فإنه يقوم قبل إحرامهم، فلا يحصل اتباعهم له في القيام. والثاني، في التشهد؛ لتدرك الطائفة الثانية جميع الركعة الثالثة، ولأن الانتظار في الجلوس أخف على الإمام، ولأنه متى انتظرهم قائما احتاج إلى قراءة السورة في الركعة الثالثة، وهو خلاف السنة. وأيا ما فعل كان جائزا. وإذا جلس الإمام للتشهد الأخير، جلست الطائفة معه، فتشهدت التشهد الأول، وقامت وهو جالس فأتمت صلاتها، وتقرأ في كل ركعة بالحمد لله وسورة؛ لأن ما تقضيه أول صلاتها، ولأنها لم يحصل لها مع الإمام قراءة السورة. ويطول الإمام التشهد والدعاء حتى تصلي الركعتين ثم يتشهد ويسلم بهم.

فأما الطائفة الأولى، فإنما تقرأ في الركعتين بعد مفارقة إمامها الفاتحة وحدها، لأنها آخر صلاتها. وقد قرأ إمامها بها السورة في الركعتين الأوليين، و**ظاهر المذهب** أن ما تقضيه الطائفة الثانية أول صلاتها، فعلى هذا تستفتح إذا فارقت إمامها، وتستعيذ، وتقرأ الفاتحة وسورة.

وقد روي أنه آخر صلاتها، ومقتضاه ألا تستفتح ولا تستعيذ ولا تقرأ السورة. وعلى كل حال." (١)

"فينبغي لها أن تخفف، وإن قرأت سورة فلتكن من أخف السور، أو تقرأ آية أو اثنتين من سورة. وينبغي للإمام أن لا يعجل بالسلام حتى يفرغ أكثرهم من التشهد، فإن سلم قبل فراغ بعضهم، أتم تشهده

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢/٣٠٢

وسلم.

[فصل الرواية فيما يقضيه المسبوق في صلاة الخوف]

(١٤٤٨) فصل: واختلفت الرواية فيما يقضيه المسبوق، فروي أنه أول صلاته، وما يدركه مع الإمام آخرها. وهذا ظاهر المذهب.

وكذلك قال ابن عمر، ومجاهد، وابن سيرين، ومالك، والثوري، وحكي عن الشافعي، وأبي حنيفة، وأبي يوسف، والحسن بن حي.

وروي عن أحمد أن ما يقضيه آخر صلاته. وبه قال سعيد بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، ومكحول، وعطاء، والزهري، والأوزاعي، وإسحاق، والمزني، وأبو ثور. وهو قول الشافعي، ورواية عن مالك؛ لقول النبي: «وما فاتكم فأتموا» . متفق عليه.

ولأنه آخر صلاته حقيقة، فكان آخرها حكما، كغير المسبوق، ولأنه يتشهد في آخر ما يقضيه ويسلم، ولو كان أول صلاته لما تشهد وكان يكفيه تشهده مع الإمام. وللرواية الأولى قوله: «وما فاتكم فاقضوا» . وهو صحيح، ولأنه يسمى قضاء، والقضاء للفائت، والفائت أول الصلاة، ومعنى قوله: " فأتموا " أي اقضوا، لأن القضاء إتمام؛ ولذلك سماه فائتا، والفائت أول الصلاة، ولأنه يقرأ فيما يقضيه الفاتحة وسورة، فكان أول الصلاة، كغير المسبوق.

ولا أعلم خلافا بين الأئمة الأربعة في قراءة الفاتحة وسورة. قال ابن عبد البر: كل هؤلاء القائلين بالقولين جميعا يقولون: يقضي ما فاته بالحمد لله وسورة، على حسب ما قرأ إمامه، إلا إسحاق والمزني وداود، قالوا: يقرأ بالحمد وحدها.

وعلى قول من قال: إنه يقرأ في القضاء بالفاتحة وسورة، لا تظهر فائدة الخلاف، إلا أن يكون في الاستفتاح والاستعاذة حال مفارقة الإمام، وفي موضع الجلسة للتشهد الأول، في حق من أدرك ركعة من المغرب والرباعية، والله أعلم

[فصل أدرك ركعة من المغرب أو الرباعية في صلاة الخوف]

(١٤٤٩) فصل: واختلفت الرواية في موضع الجلسة والتشهد الأول في حق من أدرك ركعة من المغرب أو الرباعية، إذا قضى، فروي عن أحمد أنه إذا قام استفتح، وصلى ركعتين متواليتين، يقرأ في كل واحدة بالحمد لله وسورة.

نص عليه في رواية حرب، وفعل ذلك جندب؛ وذلك لأنهما أول صلاته، فلم يتشهد بينهما كغير المسبوق، ولأن القضاء على صفة الأداء، والأداء لا جلوس فيه، ولأنهما ركعتان يقرأ في كل واحدة منهما بالحمد لله وسورة، فلم يجلس بينهما كالمؤداتين.

والرواية الثانية أنه يقوم فيأتي بركعة، يقرأ فيها بالحمد لله وسورة، ثم يجلس، ثم يقوم فيأتي بأخرى بالحمد لله وسورة، في المغرب، أو بركعتين." (١)

"[فصل اجتمع صلاتان كالكسوف مع غيره]

فصل: وإذا اجتمع صلاتان، كالكسوف مع غيره من الجمعة، أو العيد، أو صلاة مكتوبة، أو الوتر، بدأ بأخوفهما فوتا، فإن خيف فوتهما بدأ بالصلاة الواجبة، وإن لم يكن فيهما واجبة كالكسوف والوتر أو التراويح، بدأ بآكدهما، كالكسوف والوتر، بدأ بالكسوف؛ لأنه آكد، ولهذا تسن له الجماعة، ولأن الوتر يقضى، وصلاة الكسوف لا تقضى. فإن اجتمعت التراويح والكسوف، فبأيهما يبدأ؟ فيه وجهان. هذا قول أصحابنا.

والصحيح عندي أن الصلوات الواجبة التي تصلى في الجماعة مقدمة على الكسوف بكل حال؛ لأن تقديم الكسوف عليها يفضي إلى المشقة، لإلزام الحاضرين بفعلها مع كونها ليست واجبة عليهم، وانتظارهم للصلاة الواجبة، مع أن فيهم الضعيف والكبير وذا الحاجة. وقد أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بتخفيف الصلاة الواجبة، كير لا يشق على المأمومين، فإلحاق المشقة بهذه الصلاة الطويلة الشاقة، مع أنها غير واجبة، أولى.

وكذلك الحكم إذا اجتمعت مع التراويح، قدمت التراويح لذلك، وإن اجتمعت مع الوتر في أول وقت الوتر، قدمت لأن الوتر لا يفوت، وإن خيف فوات الوتر قدم؛ لأنه يسير يمكن فعله وإدراك وقت الكسوف، وإن لم يبق إلا قدر الوتر، فلا حاجة بالتلبس بصلاة الكسوف؛ لأنها إنما تقع في وقت النهي. وإن اجتمع الكسوف وصلاة الجنازة، قدمت الجنازة وجها واحدا؛ لأن الميت يخاف عليه، والله أعلم.

[فصل أدرك المأموم الإمام في الركوع الثاني في صلاة الكسوف]

(١٤٧١) فصل: إذا أدرك المأموم الإمام في الركوع الثاني، احتمل أن تفوته الركعة. قال القاضي: لأنه قد فاته من الركعة ركوع، أشبه ما لو فاته الركوع من غير هذه الصلاة. ويحتمل أن صلاته تصح؛ لأنه يجوز أن

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣٠٣/٢

يصلي هذه الصلاة بركوع واحد، فاجتزئ به في حق المسبوق. والله أعلم.

[مسألة إذا كان الكسوف في غير وقت الصلاة]

(١٤٧٢) مسألة؛ قال:) وإذا كان الكسوف في غير وقت الصلاة، جعل مكان الصلاة تسبيحا، هذا ظاهر المذهب، لأن النافلة لا تفعل في أوقات النهي، سواء كان لها سبب أو لم يكن) روي ذلك عن الحسن، وعطاء، وعكرمة بن خالد، وابن أبي مليكة، وعمرو بن شعيب وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، ومالك، وأبي حنيفة، خلافا للشافعي. وقد مضى الكلام في هذا. ونص عليه أحمد.

قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الكسوف يكون في غير وقت الصلاة، كيف يصنعون؟ قال: يذكرون الله، ولا يصلون إلا في وقت صلاة. قيل له: وكذلك بعد الفجر؟ قال: نعم، لا يصلون. وروي عن قتادة، قال: انكسفت الشمس بعد العصر، ونحن بمكة، فقاموا قياما يدعون، فسألت عن ذلك عطاء، قال: هكذا يصنعون، فسألت عن ذلك الزهري، قال: هكذا يصنعون.." (١)

"الأم، وأبوي كل واحد منهم، وإن علت درجتهم، من يرث منهم ومن لا يرث. وقوله: " والولد وإن سفل " يعني وإن نزلت درجته من أولاده البنين والبنات، الوارث وغير الوارث. نص عليه أحمد فقال: لا يعطي الوالدين من الزكاة، ولا الولد ولا ولد الولد، ولا الجد ولا الجدة ولا ولد البنت، قال النبي – صلى الله عليه وسلم – «إن ابني هذا سيد» يعني الحسن، فجعله ابنه ولأنه من عمودي نسبه، فأشبه الوارث، ولأن بينهما قرابة جزئية وبعضية، بخلاف غيرها.

[فصل دفع الزكاة لمن لا يرث من الأقارب]

(١٧٦٨) فصل: فأما سائر الأقارب، فمن لا يورث منهم يجوز دفع الزكاة إليه، سواء كان انتفاء الإرث لانتفاء سببه، لكونه بعيد القرابة ممن لم يسم الله تعالى ولا رسوله – صلى الله عليه وسلم – له ميراثا، أو كان لمانع، مثل أن يكون محجوبا عن الميراث، كالأخ المحجوب بالابن أو الأب، والعم المحجوب بالأخ وابنه وإن نزل، فيجوز دفع الزكاة؛ إليه لأنه لا قرابة جزئية بينهما ولا ميراث، فأشبها الأجانب.

وإن كان بينهما ميراث كالأخوين اللذين يرث كل واحد منهما الآخر، ففيه روايتان؛ إحداهما: يجوز لكل واحد منهما دفع زكاته إلى الآخر، وهي الظاهرة عنه، رواها عنه الجماعة، قال في رواية إسحاق بن إبراهيم،

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢/٣١٧

وإسحاق بن منصور، وقد سأله: يعطي الأخ والأخت والخالة من الزكاة؟ قال: يعطي كل القرابة إلا الأبوين والولد. وهذا قول أكثر أهل العلم.

قال أبو عبيد هو القول عندي؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «الصدقة على المسكين صدقة، وهي لذي الرحم اثنان؛ صدقة وصلة» فلم يشترط نافلة ولا فريضة، ولم يفرق بين الوارث وغيره.

ولأنه ليس من عمودي نسبه، فأشبه الأجنبي. والرواية الثانية، لا يجوز دفعها إلى الموروث. وهو ظاهر قول الخرقي لقوله: ولا لمن تلزمه مؤنته " وعلى الوارث مؤنة الموروث؛ لأنه يلزمه مؤنته، فيغنيه بزكاته عن مؤنته، ويعود نفع زكاته إليه، فلم يجز، كدفعها إلى والده، أو قضاء دينه بها.

والحديث يحتمل صدقة التطوع، فيحمل عليها. فعلى هذا إن كان أحدهما يرث الآخر، ولا يرثه الآخر، كالعمة مع ابن أخيها، والعتيق مع معتقه، فعلى الوارث منهما نفقة مورثه، وليس له دفع زكاته إليه، وليس على الموروث منهما نفقة وارثه، ولا يمنع من دفع زكاته إليه، لانتفاء المقتضي للمنع. ولو كان الأخوان لأحدهما ابن، والآخر لا ولد له، فعلى أبي الابن نفقة أخيه، وليس له دفع زكاته إليه، وللذي لا ولد له، له دفع زكاته إلى أخيه، ولا يلزمه نفقته؛ لأنه محجوب عن ميراثه. ونحو هذا قول الثوري فأما ذوو الأرحام في الحال التي يرثون فيها، فيجوز دفعها إليهم، في ظاهر المذهب؛ لأن قرابتهم ضعيفة، لا يرث بها مع عصبة، ولا ذي فرض،." (١)

"[فصل إخراج أحد النقدين عن الآخر]

(١٨٨٤) فصل: وهل يجوز إخراج أحد النقدين عن الآخر؟ فيه روايتان. نص عليهما؛ إحداهما، لا يجوز. وهو اختيار أبي بكر؛ لأن أنواع الجنس لا يجوز إخراج أحدهما عن الآخر إذا كان أقل في المقدار، فمع اختلاف الجنس أولى.

والثانية، يجوز، وهو أصح، إن شاء الله؛ لأن المقصود من أحدهما يحصل بإخراج الآخر، فيجزئ، كأنواع الجنس، وذلك لأن المقصود منهما جميعا الثمنية والتوسل بها إلى المقاصد، وهما يشتركان فيه على السواء، فأشبه إخراج المكسرة عن الصحاح، بخلاف سائر الأجناس والأنواع، مما تجب فيه الزكاة، فإن لكل جنس مقصودا مختصا به، لا يحصل من الجنس الآخر، وكذلك أنواعها، فلا يحصل بإخراج غير الواجب من الحكمة ما يحصل بإخراج الواجب، وها هنا المقصود حاصل، فوجب إجزاؤه، إذ لا فائدة باختصاص الإجزاء بعين، مع مساواة غيرها لها في الحكمة

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢/٤٨٣

وكون ذلك أرفق بالمعطي والآخذ، و أنفع لهما، ويندفع به الضرر عنهما، فإنه لو تعين إخراج زكاة الدنانير منها، شق على من يملك أقل من أربعين دينارا إخراج جزء من دينار، ويحتاج إلى التشقيص، ومشاركة الفقير له في دينار من ماله، أو بيع أحدهما نصيبه، فيستضر المالك والفقير، وإذا جاز إخراج الدراهم عنها، دفع إلى الفقير من الدراهم بقدر الواجب، فيسهل ذلك عليه، وينتفع الفقير من غير كلفة ولا مضرة.

ولأنه إذا دفع إلى الفقير قطعة من الذهب في موضع لا يتعامل بها فيه، أو قطعة من درهم في مكان لا يتعامل بها فيه، لم يقدر على قضاء حاجته بها، وإن أراد بيعها بحسب ما يتعامل بها احتاج إلى كلفة البيع، وربما لا يقدر عليه، ولا يفيده شيئا، وإن أمكن بيعها احتاج إلى كلفة البيع، والظاهر أنها تنقص عوضها عن قيمتها، فقد دار بين ضررين، وفي جواز إخراج أحدهما عن الآخر نفع محض، ودفع لهذا الضرر، وتحصيل لحكمة الزكاة على التمام والكمال، فلا حاجة ولا وجه لمنعه، وإن توهمت هاهنا منفعة تفوت بذلك، فهي يسيرة مغمورة، فيما يحصل من النفع الظاهر، ويندفع من الضرر والمشقة من الجانبين، فلا يعتبر.

والله أعلم. وعلى هذا لا يجوز الإبدال في موضع يلحق الفقير ضرر، مثل أن يدفع إليه ما لا ينفق عوضا عما ينفق؛ لأنه إذا لم يجز إخراج أحد النوعين عن الآخر مع الضرر، فمع غيره أولى. وإن اختار الدفع من الجنس، واختار الفقير الأخذ من غيره؛ لضرر يلحقه في أخذ الجنس، لم يلزم المالك إجابته؛ لأنه إذا أدى ما فرض عليه، لم يكلف سواه. والله أعلم.

[مسألة زكاة حلي المرأة]

(١٨٨٥) مسألة: قال: (وليس في حلي المرأة زكاة إذا كان مما تلبسه أو تعيره) هذا ظاهر المذهب. وروي ذلك عن ابن عمر، وجابر، وأنس، وعائشة، وأسماء – رضي الله عنهم – وبه قال القاسم، والشعبي، وقتادة، ومحمد بن علي، وعمرة، ومالك، والشافعي، وأبو عبيد،." (١)

"ولنا: أنه حق مال فلا يسقط بالردة كالدين وأما الصلاة فلا تسقط أيضا، لكن لا يطالب بفعلها لأنها لا تصح منه ولا تدخلها النيابة فإذا عاد وجبت عليه والزكاة تدخلها النيابة ولا تسقط بالردة كالدين ويأخذها الإمام من الممتنع وكذا هاهنا يأخذها الإمام من ماله كما يأخذها من المسلم الممتنع فإن أسلم بعد أخذها لم يلزمه أداؤها لأنها سقطت عنه بأخذها كما تسقط بأخذها من المسلم الممتنع.

ويحتمل أن لا تسقط لأن الزكاة عبادة، فلا تحصل من غير نية وأصل هذا ما لو أخذها الإمام من المسلم

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤١/٣

الممتنع، وقد ذكر في غير هذا. وإن أخذها غير الإمام أو نائبه، لم تسقط عنه لأنه لا ولاية له عليه فلا يقوم مقامه بخلاف نائب الإمام وإن أداها في حال ردته لم تجزه لأنه كافر فلا تصح منه كالصلاة

[مسألة اللقطة إذا صارت بعد الحول كسائر مال الملتقط]

(١٩٤٧) مسألة: قال: واللقطة إذا صارت بعد الحول كسائر مال الملتقط، استقبل بها حولا ثم زكاها فإن جاء ربها زكاها للحول الذي كان الملتقط ممنوعا منها **ظاهر المذهب** أن اللقطة تملك بمضي حول التعريف واختار أبو الخطاب أنه لا يملكها حتى يختار. وهو مذهب الشافعي، ويذكر في موضعه إن شاء الله تعالى ومتى ملكها استأنف حولا فإذا مضى وجبت عليه زكاتها وحكى القاضي في موضع أنه إذا ملكها وجب عليه مثلها إن كانت مثلية، أو قيمتها إن لم تكن مثلية.

وهذا مذهب الشافعي. ويذكر في موضعه إن شاء الله تعالى. ومقتضى هذا أن لا تجب عليه زكاتها؛ لأنه دين فمنع الزكاة كسائر الديون وقال ابن عقيل: يحتمل أن لا تجب الزكاة فيها لمعنى آخر، وهو أن ملكه غير مستقر عليها، ولصاحبها أخذها منه متى وجدها. والمذهب ما ذكره الخرقي، وما ذكره القاضي يفضي إلى ثبوت معاوضة في حق من لا ولاية عليه، بغير فعله، ولا اختياره، ويقتضي ذلك أن يمنع الدين الذي عليه الميراث والوصية، كسائر الديون، و الأمر بخلافه.

وما ذكره ابن عقيل: يبطل بما وهبه الأب لولده، وبنصف الصداق، فإن لهما استرجاعه، ولا يمنع وجوب الزكاة فأما ربها إذا جاء فأخذها، فذكر الخرقي أنه يزكيها للحول الذي كان الملتقط ممنوعا منها، وهو حول التعريف، وقد ذكرنا في الضال روايتين وهذا من جملته. وعلى مقتضى قول الخرقي أن الملتقط لو لم يملكها مثل من لم يعرفها، فإنه لا زكاة على ملتقطها، وإذا جاء ربها زكاها للزمان كله، وإنما تجب عليه زكاتها إذا كانت ماشية بشرط كونها سائمة عند الملتقط، فإن علفها فلا زكاة عليه، على ما ذكرنا في المغصوب

[مسألة المرأة إذا قبضت صداقها زكته]

(١٩٤٨) مسألة: قال والمرأة إذا قبضت صداقها زكته لما مضى وجملة ذلك، أن الصداق في الذمة دين للمرأة، حكمه حكم الديون، على ما مضى إن كان على مليء به فالزكاة واجبة فيه، إذا قبضته أدت لما مضى، وإن كان على معسر أو جاحد فعلى الروايتين. واختار." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٧٥/٣

"[فصل كان الصداق دينا فأبرأت الزوج منه بعد مضي الحول]

(١٩٥٠) فصل: فإن كان الصداق دينا، فأبرأت الزوج منه بعد مضي الحول، ففيه روايتان؛ إحداهما، عليها الزكاة؛ لأنها تصرفت فيه، فأشبه ما لو قبضته والرواية الثانية، زكاته على الزوج؛ لأنه ملك ما ملك عليه، فكأنه لم يزل ملكه عنه. والأول أصح، وما ذكرنا لهذه الرواية لا يصح؛ لأن الزوج لم يملك شيئا، وإنما سقط الدين عنه، ثم لو ملك في الحال لم يقتض هذا وجوب زكاة ما مضى.

ويحتمل أن لا تجب الزكاة على واحد منهما؛ لما ذكرنا في الزوج، والمرأة لم تقبض الدين، فلم تلزمها زكاته، كما لو سقط بغير إسقاطها، وهذا إذا كان الدين مما تجب فيه الزكاة إذا قبضته، فأما إن كان مما لا زكاة فيه، فلا زكاة عليها بحال. وكل دين على إنسان أبرأه صاحبه منه بعد مضي الحول عليه فحكمه حكم الصداق فيما ذكرنا قال أحمد: إذا وهبت المرأة مهرها لزوجها، وقد مضى له عشر سنين، فإن زكاته على المرأة؛ لأن المال كان لها.

وإذا وهب رجل لرجل مالا، فحال الحول، ثم ارتجعه الواهب، فليس له أن يرتجعه، فإن ارتجعه فالزكاة على الذي كان عنده. وقال في رجل باع شريكه نصيبه من داره، فلم يعطه شيئا، فلما كان بعد سنة، قال: ليس عندي دراهم فأقلني، فأقاله، قال: عليه أن يزكي؛ لأنه قد ملكه حولا.

[مسألة زكاة الماشية إذا بيعت بالخيار]

(١٩٥١) مسألة: قال والماشية إذا بيعت بالخيار، فلم ينقض الخيار حتى ردت، استقبل بها البائع حولا، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، لأنه تجديد ملك ظاهر المذهب، أن البيع بشرط الخيار ينقل الملك إلى المشتري عقيبه، ولا يقف على انقضاء الخيار، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما. وعن أحمد، أنه لا ينتقل حتى ينقضي الخيار. وهو قول مالك.

وقال أبو حنيفة: لا ينتقل إن كان للبائع، وإن كان للمشتري خرج عن البائع، ولم يدخل في ملك المشتري. وعن الشافعي ثلاثة أقوال قولان كالروايتين، وقول ثالث، أنه مراعى، فإن فسخاه تبينا أنه لم ينتقل، وإن أمضياه تبينا أنه انتقل. ولنا، أنه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه، كما لو لم يشترط الخيار.

وإن كان المال زكائيا انقطع الحول ببيعه، لزوال ملكه عنه، فإن استرده أو رد عليه استأنف حولا؛ لأنه ملك متجدد حدث بعد زواله، فوجب أن يستأنف له حولا كما لو كان البيع مطلقا من غير خيار. وهكذا الحكم

لو فسخا البيع في مدة المجلس بخياره؛ لا يمنع نقل الملك أيضا، فهو كخيار الشرط. ولو مضى الحول في مدة الخيار،." (١)

"ففيما عداه يبقى على مقتضى الدليل في تفضيل البر. ويحتمل أن يكون الأفضل بعد التمر ما كان أعلى قيمة وأكثر نفعا

[مسألة صدقة الفطر أجناسا معدودة لم يجز العدول عنها]

(١٩٦١) مسألة: قال: ومن قدر على التمر، أو الزبيب، أو البر، أو الشعير، أو الأقط فأخرج غيره لم يجزه **ظاهر المذهب** أنه لا يجوز له العدول عن هذه الأصناف، مع القدرة عليها سواء كان المعدول إليه قوت بلده أو لم يكن.

وقال أبو بكر: يتوجه قول آخر أنه يعطي ما قام مقام الخمسة، على ظاهر الحديث، صاعا من طعام والطعام قد يكون البر والشعير وما دخل في الكيل. قال وكلا القولين محتمل، وأقيسهما أنه لا يجوز غير الخمسة، إلا أن يعدمها، فيعطي ما قام مقامها.

وقال مالك: يخرج من غالب قوت البلد. وقال الشافعي: أي قوت كان الأغلب على الرجل، أدى الرجل زكاة الفطر منه واختلف أصحابه؛ فمنهم من قال بقول مالك، ومنهم من قال: الاعتبار بغالب قوت المخرج، ثم إن عدل عن الواجب إلى أعلى منه، جاز، وإن عدل إلى دونه، ففيه قولان؛ أحدهما، يجوز؛ لقوله – عليه السلام – «اغنوهم عن الطلب» والغنى يحصل بالقوت والثاني، لا يجوز لأنه عدل عن الواجب إلى أدنى منه، فلم يجزئه، كما لو عدل عن الواجب في زكاة المال إلى أدنى منه.

ولنا، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – فرض صدقة الفطر أجناسا معدودة، فلم يجز العدول عنها، كما لو أخرج القيمة وذلك لأن ذكر الأجناس بعد ذكره الفرض تفسير للمفروض، فما أضيف إلى المفسر يتعلق بالتفسير، فتكون هذه الأجناس مفروضة فيتعين الإخراج منها، ولأنه إذا أخرج غيرها عدل عن المنصوص عليه، فلم يجز، كإخراج القيمة، وكما لو أخرج عن زكاة المال من غير جنسه، والإغناء يحصل بالإخراج من المنصوص عليه، فلا منافاة بين الخبرين؛ لكونهما جميعا يدلان على وجوب الإغناء بأداء أحد الأجناس المفروضة.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣/٧٧

[فصل إخراج السلت في صدقة الفطر]

(١٩٦٢) فصل: والسلت نوع من الشعير، فيجوز إخراجه؛ لدخوله في المنصوص عليه، وقد صرح بذكره في بعض ألفاظ حديث ابن عمر، قال «كان الناس يخرجون صدقة الفطر في عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – صاعا من شعير أو صاعا من أقط، أو صاعا من سلت.» وعن أبي سعيد، قال «لم نخرج على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلا صاعا من تمر، أو صاعا من شعير أو صاعا من زبيب." (١)

"[فصل المفسد للصوم]

(٢٠٣٦) الفصل السادس: أن المفسد للصوم من هذا كله ما كان عن عمد وقصد، فأما ما حصل منه عن غير قصد، كالغبار الذي يدخل حلقه من الطريق، ونخل الدقيق، والذبابة التي تدخل حلقه، أو يرش عليه الماء فيدخل مسامعه، أو أنفه أو حلقه، أو يلقى في ماء فيصل إلى جوفه، أو يسبق إلى حلقه من ماء المضمضة، أو يصب في حلقه أو أنفه شيء كرها، أو تداوى مأمومته أو جائفته بغير اختياره، أو يحجم كرها، أو تقبله امرأة بغير اختياره فينزل، أو ما أشبه هذا، فلا يفسد صومه، لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه لا فعل له فلا يفطر، كالاحتلام.

وأما إن أكره على شيء من ذلك بالوعيد، ففعله، فقال ابن عقيل: قال أصحابنا: لا يفطر به أيضا؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه.» قال: ويحتمل عندي أن يفطر؛ لأنه فعل المفطر لدفع الضرر عن نفسه، فأشبه المريض يفطر لدفع المرض، ومن يشرب لدفع العطش، ويفارق الملجأ؛ لأنه خرج بذلك عن حيز الفعل، ولذلك لا يضاف إليه، ولذلك افترقا فيما لو أكره على قتل آدمي، وألقي عليه.

[فصل متى أفطر بشيء من مفطرات الصيام فعليه القضاء]

(٢٠٣٧) الفصل السابع: أنه متى أفطر بشيء من ذلك فعليه القضاء، لا نعلم في ذلك خلافا؛ لأن الصوم كان ثابتا في الذمة، فلا تبرأ منه إلا بأدائه، ولم يؤده، فبقي على ما كان عليه؛ ولا كفارة في شيء مما ذكرناه، في ظاهر المذهب. وهو قول سعيد بن جبير، والنخعي، وابن سيرين، وحماد، والشافعي. وعن أحمد أن الكفارة تجب على من أنزل بلمس أو قبلة أو تكرار نظر؛ لأنه إنزال عن مباشرة، أشبه الإنزال

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣/٨٥

بالجماع. وعنه في المحتجم، إن كان عالما بالنهي، فعليه الكفارة. وقال عطاء في المحتجم: عليه الكفارة. وقال مالك: تجب الكفارة بكل ما كان هتكا للصوم، إلا الردة؛ لأنه إفطار في رمضان أشبه الجماع.
وحكي عن عطاء، والحسن، والزهري، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، أن الفطر بالأكل والشرب يوجب ما يوجبه الجماع. وبه قال أبو حنيفة، إلا أنه اعتبر ما يتغذى به أو يتداوى به، فلو ابتلع حصاة أو نواة أو فستقة بقشرها، فلا كفارة عليه. واحتجوا بأنه أفطر بأعلى ما في الباب من جنسه، فوجبت عليه الكفارة كالمجامع. ولنا أنه أفطر بغير جماع، فلم توجب الكفارة، كبلع الحصاة أو التراب، أو كالردة عند مالك، ولأنه لا نص في إيجاب الكفارة بهذا ولا إجماع، ولا يصح قياسه على الجماع، لأن الحاجة إلى الزجر عنه أمس، والحكم في التعدي به آكد، ولهذا يجب به الحد إذا كان محرما، ويختص بإفساد الحج دون سائر محظوراته، ووجوب البدنة، ولأنه في الغالب يفسد صوم اثنين، بخلاف غيره.

[فصل الواجب في قضاء رمضان عن كل يوم يوم]
(٢٠٣٨) فصل: والواجب في القضاء عن كل يوم يوم، في قول عامة الفقهاء. وقال أحمد: قال إبراهيم، ووكيع:." (١)

"ولنا: ما روى الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال: بينا نحن جلوس عند النبي - صلى الله عليه وسلم - «إذ جاءه رجل فقال: يا رسول الله، هلكت. قال ما لك؟ قال: وقعت على امرأتي وأنا صائم. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - هل تجد رقبة تعتقها؟ قال: لا، قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا، قال: فهل تجد إطعام ستين مسكينا؟ قال: لا، قال: فمكث النبي - صلى الله عليه وسلم - فبينا نحن على ذلك أتي النبي - صلى الله عليه وسلم - بعرق فيه تمر. والعرق: المكتل، فقال: أين السائل؟ فقال: أنا، قال: خذ هذا، فتصدق به فقال الرجل: على أفقر مني يا رسول الله؟ فوالله ما بين لابتيها أهل بيت أفقر من أهل بيتي. فضحك النبي - صلى الله عليه وسلم - حتى بدت أنيابه، ثم قال: أطعمه أهلك» . متفق عليه. ولا يجوز اعتبار الأداء في ذلك بالقضاء؛ لأن الأداء يتعلق بزمن مخصوص يتعين به، و القضاء محله الذمة، والصلاة لا يدخل في جبرانها المال، بخلاف مسألتنا.

(٢٠٥٠) المسألة الثالثة، أن الجماع دون الفرج، إذا اقترن به الإنزال، فيه عن أحمد روايتان؛ إحداهما، عليه

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٣٠/٣

الكفارة، وهذا قول مالك، وعطاء والحسن، وابن المبارك وإسحاق؛ لأنه فطر بجماع، فأوجب الكفارة كالجماع في الفرج، والثانية: لا كفارة فيه.

وهو مذهب الشافعي، وأبي حنيفة؛ لأنه فطر بغير جماع تام، فأشبه القبلة، ولأن الأصل عدم وجوب الكفارة، ولا نص في وجوبها ولا إجماع ولا قياس، ولا يصح القياس على الجماع في الفرج؛ لأنه أبلغ، بدليل أنه يوجبها من غير إنزال، ويجب به الحد إذا كان محرما، ويتعلق به اثنا عشر حكما. ولأن العلة في الأصل الجماع بدون الإنزال، والجماع هاهنا غير موجب، فلم يصح اعتباره به.

(٢٠٥١) المسألة الرابعة، أنه جامع ناسيا، فظاهر المذهب أنه كالعامد. نص عليه أحمد. وهو قول عطاء، وابن الماجشون. وروى أبو داود، عن أحمد، أنه توقف عن الجواب، وقال: أجبن أن أقول فيه شيئا، وأن أقول ليس عليه شيء. قال: سمعته غير مرة لا ينفذ له فيه قول. ونقل أحمد بن القاسم عنه: كل أمر غلب عليه الصائم، ليس عليه قضاء ولا غيره. قال أبو الخطاب: هذا يدل على إسقاط القضاء والكفارة مع الإكراه والنسيان.

وهو قول الحسن، ومجاهد، والثوري،." (١)

"إذا ثبت هذا، فلا كفارة بالوطء في ظاهر المذهب. وهو ظاهر كلام الخرقي. وقول عطاء، والنخعي، وأهل المدينة، ومالك، وأهل العراق، والثوري، وأهل الشام، والأوزاعي.

ونقل حنبل عن أحمد أن عليه كفارة. وهو قول الحسن، والزهري، واختيار القاضي؛ لأنه عبادة يفسدها الوطء لعينه، فوجبت الكفارة بالوطء فيها، كالحج وصوم رمضان.

ولنا، أنها عبادة لا تجب بأصل الشرع، فلم تجب بإفسادها كفارة، كالنوافل، ولأنها عبادة لا يدخل المال في جبرانها، فلم تجب الكفارة بإفسادها، كالصلاة، ولأن وجوب الكفارة إنما يثبت بالشرع، ولم يرد الشرع بإيجابها، فتبقى على الأصل.

وما ذكروه ينتقض بالصلاة وصوم غير رمضان. والقياس على الحج لا يصح؛ لأنه مباين لسائر العبادات، ولهذا يمضي في فاسده، ويلزم بالشروع فيه، ويجب بالوطء فيه بدنة، بخلاف غيره. ولأنه لو وجبت الكفارة هاهنا بالقياس عليه، للزم أن يكون بدنة؛ لأن الحكم في الفرع يثبت على صفة الحكم في الأصل، إذ كان القياس إنما هو توسعة مجرى الحكم فيصير النص الوارد في الأصل واردا في الفرع، فيثبت فيه الحكم الثابت

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٣٥/٣

في الأصل بعينه. وأما القياس على الصوم، فهو دال على نفي الكفارة؛ لأن الصوم كله لا يجب بالوطء فيه كفارة سوى رمضان، والاعتكاف أشبه بغير رمضان؛ لأنه نافلة لا يجب إلا بالنذر، ثم لا يصح قياسه على رمضان أيضا؛ لأن الوطء فيه إنما أوجب الكفارة لحرمة الزمان، ولذلك يجب على كل من لزمه الإمساك، وإن لم يفسد به صوما.

واختلف موجبو الكفارة فيها، فقال القاضي: يجب كفارة الظهار. وهو قول الحسن، والزهري، وظاهر كلام أحمد، في رواية حنبل؛ فإنه روي عن الزهري أنه قال: من أصاب في اعتكافه، فهو كهيئة المظاهر. ثم قال أبو عبد الله: إذا كان نهارا وجبت عليه الكفارة. ويحتمل أن أبا عبد الله إنما أوجب عليه الكفارة إذا فعل ذلك في رمضان؛ لأنه اعتبر ذلك في النهار لأجل الصوم، ولو كان لمجرد الاعتكاف لما اختص الوجوب بالنهار، كما لم يختص الفساد به.

وحكي عن أبي بكر أن عليه كفارة يمين. ولم أر هذا عن أبي بكر في كتاب (الشافي) ، ولعل أبا بكر إنما أوجب عليه كفارة في موضع تضمن الإفساد الإخلال بالنذر، فوجبت لمخالفته نذره، وهي كفارة يمين فأما في غير ذلك فلا؛ لأن الكفارة إنما تجب بنص أو إجماع أو قياس، وليس هاهنا نص ولا إجماع ولا قياس، فإن نظير." (١)

"[باب الفدية وجزاء الصيد] [مسألة المحرم حلق أربع شعرات فصاعدا عامدا أو مخطئا] [فصل على المحرم فدية إذا حلق رأسه]

(٢٦٣٨) مسألة: قال: (ومن حلق أربع شعرات فصاعدا، عامدا أو مخطئا، فعليه صيام ثلاثة أيام، أو إطعام ثلاثة آصع من تمر بين ستة مساكين، أو ذبح شاة، أي ذلك فعل أجزأه) الكلام في هذه المسألة في ستة فصول: (٢٦٣٩) الفصل الأول، أن على المحرم فدية إذا حلق رأسه. ولا خلاف في ذلك. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على وجوب الفدية على من حلق وهو محرم بغير علة. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾ [البقرة: ١٩٦] . «وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لكعب بن عجرة: لعلك آذاك هوامك؟ قال: نعم يا رسول الله. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: احلق رأسك، وصم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين، أو انسك شاة» . متفق عليه. وفي لفظ: " أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع تمر ". ولا فرق في ذلك بين إزالة الشعر بالحلق، أو النورة، أو قصه، أو غير

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٩٧/٣

ذلك، لا نعلم فيه خلافا. (٢٦٤٠) الفصل الثاني، أنه لا فرق بين العامد والمخطئ، ومن له عذر ومن لا عذر له، في ظاهر المذهب. وهو قول الشافعي ونحوه عن الثوري. وفيه وجه آخر، لا فدية على الناسي. وهو قول إسحاق، وابن المنذر؛ لقوله – عليه السلام –: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان» . ولنا، أنه إتلاف، فاستوى عمده وخطؤه، كقتل الصيد، ولأن الله تعالى أوجب الفدية على من حلق رأسه لأذى به وهو معذور، فكان ذلك تنبيها على وجوبها على غير المعذور، ودليلا على وجوبها على المعذور بنوع آخر، مثل المحتجم الذي يحلق موضع محاجمه، أو شعرا عن شجته، وفي معنى الناسي النائم الذي يقلع شعره، أو يصوب شعره إلى تنور فيحرق لهب النار شعره، ونحو ذلك. (١٢٦٤) الفصل الثالث، أن الفدية هي إحدى الثلاثة المذكورة في الآية والخبر، أيها شاء فعل؛ لأنه أمر بها بلفظ التخيير، ولا فرق في ذلك بين المعذور وغيره، والعامد والمخطئ. وهو مذهب مالك، والشافعي. وعن أحمد، أنه إذا حلق لغير عذر فعليه الدم، من غير تخيير. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأن الله تعالى خير بشرط العذر، فإذا عدم الشرط وجب زوال التخيير. ولنا، أن الحكم ثبت في غير المعذور بطريق التنبيه تبعا له، والتبع لا يخالف أصله، ولأن كل كفارة." (١)

"معناه أنه يجب الجزاء بقتل الصيد الثاني، كما يجب عليه إذا قتله ابتداء. وفي هذه المسألة عن أحمد ثلاث روايات؛ إحداهن، أنه يجب في كل صيد جزاء.

وهذا ظاهر المذهب. قال أبو بكر: هذا أولى القولين بأبي عبد الله. وبه قال، الثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر، وأصحاب الرأي. والثانية، لا يجب إلا في المرة الأولى، وروي ذلك عن ابن عباس. وبه قال شريح، والحسن، وسعيد بن جبير، ومجاهد، والنخعي، وقتادة؛ لأن الله تعالى قال ﴿ومن عاد فينتقم الله منه﴾ [المائدة: ٩٥] . ولم يوجب جزاء. والثالثة، إن كفر عن الأول فعليه للثاني كفارة، وإلا فلا شيء للثاني؛ لأنها كفارة تجب بفعل محظور في الإحرام، فيدخل جزاؤها قبل التكفير، كاللبس والطيب.

ولنا، أنها كفارة عن قتل، فاستوى فيه المبتدئ والعائد، كقتل الآدمي، ولأنها بدل متلف يجب به المثل أو القيمة، فأشبه بدل مال الآدمي. قال أحمد: روي عن عمر وغيره، أنهم حكموا في الخطأ، وفي من قتل، ولم يسألوه: هل كان قتل قبل هذا أو لا؟ وإنما هذا يعني لتخصيص الإحرام ومكانه، والآية اقتضت الجزاء على العائد بعمومها. وذكر العقوبة في الثاني لا يمنع الوجوب، كما قال الله تعالى ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة: ٢٧٥] .

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٢٩/٣

وقد ثبت أن العائد لو انتهى كان له ما سلف، وأمره إلى الله. ولا يصح قياس جزاء الصيد على غيره؛ ولأن جزاءه مقدر به، ويختلف بصغره وكبره، ولو أتلف صيدين معا وجب جزاؤهما، فكذلك إذا تفرقا، بخلاف غيره من المحظورات.

[فصل إخراج جزاء الصيد بعد جرحه وقبل موته]

(٢٦٨٨) فصل: ويجوز إخراج جزاء الصيد بعد جرحه وقبل موته. نص عليه أحمد؛ لأنها كفارة، فجاز تقديمها على الموت، ككفارة قتل الآدمي، ولأنها كفارة، فأشبهت كفارة الظهار واليمين.

[مسألة اشترك جماعة محرمين في قتل صيد]

(٢٦٨٩) مسألة: قال: (ولو اشترك جماعة في قتل صيد، فعليهم جزاء واحد) يروى عن أحمد في هذه المسألة ثلاث روايات؛ إحداهن، أن الواجب جزاء واحد. وهو الصحيح. ويروى هذا عن عمر بن الخطاب، وابن عباس، وابن عمر - رضي الله عنهم - وبه قال عطاء، والزهري، والنخعي، والشعبي، والشافعي، وإسحاق.

والثانية، على كل واحد جزاء. رواهما ابن أبي موسى. واختارها أبو بكر. وبه قال مالك، والثوري، وأبو حنيفة. ويروى عن الحسن؛ لأنها كفارة قتل يدخلها الصوم، أشبهت كفارة قتل الآدمي.." (١)

"المكيل والموزون، ولم يمنع البائع المشتري من قبضه، ف**ظاهر المذهب** أنه من ضمان المشتري، ويكون كتلفه بعد القبض. وأما إن تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار، فهو من ضمان المشتري، ويبطل خياره.

وفي خيار البائع روايتان؛ إحداهما، يبطل، وهو اختيار الخرقي، وأبي بكر؛ لأنه خيار فسخ، فبطل بتلف المبيع، كخيار الرد بالعيب إذا تلف المعيب. والرواية الثانية، لا يبطل، وللبائع أن يفسخ ويطالب المشتري بقيمته، وهذا اختيار القاضي وابن عقيل؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» . ولأنه خيار فسخ، فلم يبطل بتلف المبيع، كما لو اشترى ثوبا بثوب، فتلف أحدهما، ووجد الآخر بالثوب عيبا، فإنه يرده، ويرجع بقيمة ثوبه، كذا هاهنا.

وأما إذا أعتقه المشتري، فإن خياره يبطل؛ لأنه أتلفه، وفي بطلان خيار البائع روايتان، كما لو تلف المبيع.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣/٤٥١

وخيار المجلس، وخيار الشرط في هذا كله سواء.

[فصل تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار]

(٢٧٥٩) فصل: ومتى تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار تصرفا يختص الملك، بطل خياره، كإعتاق العبد، وكتابته، وبيعه، وهبته، ووطء الجارية، أو مباشرتها، أو لمسها لشهوة، ووقف المبيع، وركوب الدابة لحاجته، أو سفر، أو حمله عليها، أو سكنى الدار، ورمها، وحصاد الزرع، وقصل منه، فما وجد من هذا فهو رضاء بالمبيع، ويبطل به خياره؛ لأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضاء، وبدلالته، ولذلك يبطل خيار المعتقة بتمكينها الزوج من وطئها، «وقال لها رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: إن وطئك فلا خيار لك» .

وهذا مذهب أبي حنيفة، والشافعي. فأما ركوب الدابة لينظر سيرها، والطحن على الرحى ليعلم قدر طحنها، وحلب الشاة ليعلم قدر لبنها، ونحو ذلك، فليس برضا بالبيع، ولا يبطل خياره؛ لأن ذلك هو المقصود بالخيار، وهو اختبار المبيع، وذكر أبو الخطاب وجها في أن تصرف المشتري لا يبطل خياره، ولا يبطل إلا بالتصريح بالرضا.

ولا يصح؛ لأن هذا يتضمن إجازة البيع، ويدل على الرضا به، فبطل به الخيار كصريح القول. ولأن التصريح إنما أبطل الخيار لدلالته على الرضا به، فما دل على الرضا به يقوم مقامه، ككنايات الطلاق، تقوم مقام صريحه.

وإن عرضه على البيع، أو باعه بيعا فاسدا، أو عرضه على الرهن، أو غيره من التصرفات، أو وهبه، فلم يقبل الموهوب له، بطل خياره؛ لأن ذلك يدل على الرضا به. قال أحمد: إذا اشترط الخيار، فباعه قبل ذلك بربح، فالربح للمبتاع؛ لأنه وجب عليه حين عرضه.

وإن استخدم المشتري المبيع، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يبطل خياره، وقال أبو الصقر: قلت لأحمد: رجل اشترى جارية، وله الخيار فيها يومين، فانطلق بها، فغسلت رأسه، أو غمزت رجله، أو طحنت له، أو خبزت، هل يستوجبها بذلك؟." (١)

"قال: لا، حتى يبلغ منها ما لا يحل لغيره. قلت: فإن مشطها، أو خضبها، أو حفها، هل يستوجبها بذلك؟ قال: قد بطل خياره؛ لأنه وضع يده عليها. وذلك لأن الاستخدام لا يختص الملك، ويراد لتجربة

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٨٧/٣

المبيع، فأشبه ركوب الدابة ليعلم سيرها. ونقل حرب، عن أحمد، أنه يبطل خياره؛ لأنه انتفاع بالمبيع، أشبه لمسها لشهوة. ويمكن أن يقال: ما قصد به من الاستخدام، تجربة المبيع، لا يبطل الخيار، كركوب الدابة ليعلم سيرها، وما لا يقصد به ذلك يبطل الخيار، كركوب الدابة لحاجته، وإن قبلت الجارية المشتري لم يبطل خياره، وهذا مذهب الشافعي.

وقال أبو الخطاب: يحتمل أن يبطل خياره إذا لم يمنعها؛ لأن إقراره لها على ذلك يجري مجرى استمتاعه بها. وقال أبو حنيفة: إن قبلته لشهوة بطل خياره، لأنه استمتاع يختص الملك، فأبطل خياره، كقبلته لها. ولنا: أنها قبلة لأحد المتعاقدين، فلم يبطل خياره، كما لو قبلت البائع. ولأن الخيار له، لا لها، فلو ألزمناه بفعلها لألزمناه بغير رضاه، ولا دلالة عليه، وفارق ما إذا قبلها؛ فإنه وجد منه ما يدل على الرضا بها. ومتى بطل خيار المشتري بتصرفه، فخيار البائع باق بحاله؛ لأن خياره لا يبطل برضا غيره، إلا أن يكون تصرف المشتري بإذن البائع، فإنه يبطل خيارهما معا؛ لوجود الرضا منهما بإبطاله.

وإن تصرف البائع في المبيع بما يفتقر إلى الملك، كان فسخا للبيع، وهذا مذهب أبي حنيفة، والشافعي؛ لما ذكرناه في المشتري. ولأنه أحد المتعاقدين، فتصرفه في المبيع اختيار له، كالمشتري. وعن أحمد رواية أخرى، أنه لا ينفسخ البيع بذلك؛ لأن الملك انتقل عنه، فلم يكن تصرفه فيه استرجاعا له، كمن وجد ماله عند مفلس، فتصرف فيه.

[فصل ينتقل الملك إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد]

(٢٧٦٠) فصل: وينتقل الملك إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب، ولا فرق بين كون الخيار لهما، أو لأحدهما، أيهما كان، وهذا أحد أقوال الشافعي.

وعن أحمد: أن الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار، وهو قول مالك، والقول الثاني للشافعي، وبه قال أبو حنيفة إذا كان الخيار لهما وللبائع، وإن كان للمشتري خرج عن ملك البائع، فلم يدخل في ملك المشتري؛ لأن البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر، فلم ينقل الملك، كالهبة قبل القبض. والقول الثالث للشافعي: أن الملك موقوف مراعى، فإن أمضيا البيع تبينا أن الملك للمشتري، وإلا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من باع عبدا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع» . رواه مسلم، وقوله: «من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرته للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع» . متفق عليه. فجعله

للمبتاع بمجرد اشتراطه، وهو عام في كل بيع. ولأنه بيع صحيح، فنقل الملك عقيبه، كالذي لا خيار له. ولأن البيع تمليك، بدليل قوله: ملكتك. فيثبت به الملك، كسائر البيع. يحققه." (١)

"فيقول له أبوه: لا يتقدم النبي – صلى الله عليه وسلم – أحد. فقال له النبي – صلى الله عليه وسلم –: بعنيه. فقال عمر: هو لك يا رسول الله. فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: هو لك يا عبد الله بن عمر، فاصنع به ما شئت» .

وهذا يدل على أن التصرف قبل التفرق جائز، وذكر أصحابنا في صحة تصرف المشتري بالوقف وجها آخر؛ لأنه تصرف يبطل الشفعة، فأشبه العتق، والصحيح أنه لا يصح شيء من هذه التصرفات؛ لأن المبيع يتعلق به حق البائع تعلقا يمنع جواز التصرف، فمنع صحته، كالرهن. ويفارق الوقف العتق؛ لأن العتق مبني على التغليب والسراية، بخلاف الوقف.

وأما حديث ابن عمر، فليس فيه تصريح بالبيع، فإن قول عمر: هو لك. يحتمل أنه أراد هبة، وهو الظاهر، فإنه لم يذكر ثمنا، والهبة لا يثبت فيها الخيار. وقال الشافعي: تصرف البائع في المبيع بالبيع والهبة ونحوهما صحيح؛ لأنه إما أن يكون على ملكه فيملك بالعقد عليه، وإما أن يكون للمشتري، والبائع يملك فسخه، فجعل البيع والهبة فسخا.

وأما تصرف المشتري، فلا يصح إذا قلنا: الملك لغيره. وإن قلنا: الملك له. ففي صحة تصرفه وجهان. ولنا، على إبطال تصرف البائع، أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية، ولا نيابة عرفية، فلم يصح، كما بعد الخيار. وقولهم: يملك الفسخ. قلنا: إلا أن ابتداء التصرف لم يصادف ملكه، فلم يصح، كتصرف الأب فيما وهب لولده قبل استرجاعه، وتصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل أخذه.

[فصل تصرف المشتري بإذن البائع أو البائع بوكالة المشتري]

(٢٧٦٤) فصل: وإن تصرف المشتري بإذن البائع، أو البائع بوكالة المشتري، صح التصرف، وانقطع خيارهما؛ لأن ذلك يدل على تراضيهما بإمضاء البيع، فيقطع به خيارهما، كما لو تخايرا، ويصح تصرفهما؛ لأن قطع الخيار حصل بالإذن في البيع، فيقع البيع بعد انقطاع الخيار.

وإن تصرف البائع بإذن المشتري، احتمل أن يقع صحيحا؛ لأن ذلك دليل على فسخ البيع، أو استرجاع المبيع، فيقع تصرفه بعد استرجاعه، ويحتمل أن لا يصح؛ لأن البائع لا يحتاج إلى إذن المشتري في استرجاع

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٨٨/٣

المبيع، فيصير كتصرفه بغير إذن المشتري، وقد ذكرنا أنه لا يصح، كذا هاهنا. وكل موضع قلنا: إن تصرف البائع لا ينفذ، ولكن ينفسخ به البيع. فإنه متى أعاد ذلك التصرف، أو تصرف تصرفا سواه، صح؛ لأنه بفسخ البيع عاد إليه الملك، فصح تصرفه فيه، كما لو فسخ البيع بصريح قوله، ثم تصرف فيه، وكذلك إن تقدم تصرفه ما ينفسخ به البيع، صح تصرفه؛ لما ذكرنا.

(٢٧٦٥) فصل: وإن تصرف أحدهما بالعتق، نفذ عتق من حكمنا بالملك له، و**ظاهر المذهب** أن الملك للمشتري، فينفذ عتقه، سواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما؛ لأنه عتق من مالك جائز التصرف، فنفذ، كما بعد المدة. وقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» . يدل بمفهومه على أنه ينفذ في الملك." (١)

"وملك البائع للفسخ لا يمنع نفوذ العتق، كما لو باع عبدا بجارية معينة، فإن مشتري العبد ينفذ عتقه، مع أن للبائع الفسخ.

ولو وهب رجل ابنه عبدا، فأعتقه، نفذ عتقه، مع ملك الأب لاسترجاعه. ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب. وقال أبو حنيفة، والشافعي، ومالك ينفذ عتقه؛ لأنه ملكه، وإن كان الملك انتقل فإنه يسترجعه بالعتق. ولنا، أنه إعتاق من غير مالك، فلم ينفذ، كعتق الأب عبد ابنه الذي وهبه إياه، وقد دللنا على أن الملك انتقل إلى المشتري.

وإن قلنا بالرواية الأخرى، وأن الملك لم ينتقل إلى المشتري، نفذ عتق البائع دون المشتري. وإن أعتق البائع والمشتري جميعا، فإن تقدم عتق المشتري، فالحكم على ما ذكرنا، وإن تقدم عتق البائع، فينبغي أن لا ينفذ عتق واحد منهما؛ لأن البائع لم ينفذ عتقه؛ لكونه أعتق غير مملوكه، ولكن حصل بإعتاقه فسخ البيع، واسترجاع العبد، فلم ينفذ عتق المشتري. ومتى أعاد البائع الإعتاق مرة ثانية، نفذ إعتاقه؛ لأنه عاد العبد إليه، فأشبه ما لو استرجعه بصريح قوله.

ولو اشترى من يعتق عليه، جرى مجرى إعتاقه بصريح قوله، وقد ذكرنا حكمه. وإن باع عبدا بجارية، بشرط الخيار، فأعتقهما، نفذ عتق الأمة دون العبد.

وإن أعتق أحدهما، ثم أعتق الآخر، نظرت، فإن أعتق الأمة أولا، نفذ عتقها، وبطل خياره، ولم ينفذ عتق العبد، وإن أعتق العبد أولا، انفسخ البيع، ورجع إليه العبد، ولم ينفذ إعتاقه، ولا ينفذ عتق الأمة؛ لأنها خرجت بالفسخ عن ملكه، وعادت إلى سيدها البائع لها.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣/٤٩١

[فصل قال لعبده إذا بعتك فأنت حر ثم باعه]

(٢٧٦٦) فصل: إذا قال لعبده: إذا بعتك فأنت حر. ثم باعه، صار حرا، نص عليه أحمد، وبه قال الحسن، وابن أبي ليلى، ومالك، والشافعي. وسواء شرطا الخيار أو لم يشرطاه، وقال أبو حنيفة، والثوري: لا يعتق؛ لأنه إذا تم بيعه زال ملكه عنه. فلم ينفذ إعتاقه له. ولنا، أن زمن انتقال الملك زمن الحرية؛ لأن البيع سبب لنقل الملك، وشرط للحرية. فيجب تغليب الحرية، كما لو قال لعبده: إذا مت فأنت حر، ولأنه علق حريته على فعله للبيع. والصادر منه في البيع إنما هو الإيجاب، فمتى قال للمشتري: بعتك. فقد وجد شرط الحرية، فيعتق قبل قبول المشتري، وعلله القاضي بأن الخيار ثابت في كل بيع، فلا ينقطع تصرفه فيه.

فعلى هذا لو تخايرا ثم باعه لم يعتق، ولا يصح هذا التعليل على مذهبنا. فإننا ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار لم ينفذ إعتاقه.

[فصل وطء الجارية في مدة الخيار]

(٢٧٦٧) فصل: ولا يجوز للمشتري وطء الجارية في مدة الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده؛ لأنه يتعلق بها حق البائع، فلم يبح له وطؤها كالمرهونة، ولا نعلم في هذا اختلافا، فإن وطئها فلا حد عليه؛ لأن الحد يدرأ بشبهة الملك فبحقيقته أولى، ولا مهر لها؛ لأنها مملوكته، وإن علقت منه، فالولد حر يلحقه." (١)

"فباع ما لم يره، فله الخيار عند الرؤية، وإن لم يره المشتري أيضا، فلكل واحد منهما الخيار. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ليس له الخيار؛ لحديث عثمان وطلحة، ولأننا لو جعلنا له الخيار لثبت لتوهم الزيادة، والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار. وكذلك لو باع شيئا على أنه معيب، فبان غير معيب، لم يثبت له الخيار.

ولنا، أنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبه المشتري، فأما الخبر، فإنه قول جبير وطلحة، وقد خالفهما عثمان، وقوله أولى؛ لأن البيع يعتبر فيه الرضى منهما، فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضى منهما.

[فصل إذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم]

(٢٧٧٤) فصل: وإذا وصف المبيع للمشتري، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم، صح بيعه في

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣/٤٩٢

ظاهر المذهب. وهو قول أكثر أهل العلم. وعن أحمد، لا يصح حتى يراه؛ لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع، فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه.

ولنا، أنه بيع بالصفة، فصح كالسلم، ولا نسلم أنه لا تحصل به معرفة المبيع، فإنها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهرا، وهذا يكفي؛ بدليل أنه يكفي في السلم، وأنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية، وأما ما لا يصح السلم فيه، فلا يصح بيعه بالصفة؛ لأنه لا يمكن ضبطه بها.

إذا ثبت هذا، فإنه متى وجده على الصفة، لم يكن له الفسخ. وبهذا قال محمد بن سيرين، وأيوب، ومالك، والعنبري، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال الثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه: له الخيار بكل حال؛ لأنه يسمى بيع خيار الرؤية، ولأن الرؤية من تمام العقد، فأشبه غير الموصوف.

ولأصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين. ولنا، أنه سلم له المعقود عليه بصفاته، فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه، ولأنه مبيع موصوف، فلم يكن للعاقد فيه الخيار في جميع الأحوال، كالسلم. وقولهم: إنه يسمى بيع خيار الرؤية. لا نعرف صحته، فإن ثبت، فيحتمل أن يسميه من يرى ثبوت الخيار، ولا يحتج به على غيره، فأما إن وجده بخلاف الصفة فله الخيار، ويسمى خيار الخلف في الصفة؛ لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة، فلم يلزمه كالسلم.

وإن اختلفا، فقال البائع: لم تختلف الصفة. وقال المشتري: قد اختلفت. فالقول قول المشتري؛ لأن الأصل براءة ذمته من الثمن، فلا يلزمه، ما لم يقر به، أو يثبت ببينة أو ما يقوم مقامها.

[فصل البيع بالصفة نوعان]

(٢٧٧٥) فصل: والبيع بالصفة نوعان؛ أحدهما، بيع عين معينة، مثل أن يقول: بعتك عبدي التركي. ويذكر سائر صفاته، فهذا ينفسخ." (١)

"وكره مالك ذلك، إلا أن يتماثلا. وظاهر المذهب، إباحة البيع فيهما متماثلا ومتفاضلا، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنهما جنسان، فجاز التفاضل فيهما كالذهب والفضة.

وإن منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح؛ لأن الشحم لا يظهر، وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود، فلا يمنع البيع، ولو منع لذلك، لم يجز بيع لحم بلحم؛ لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه. ثم لا يصح هذا عند القاضي؛ لأن السمين الذي يكون مع اللحم لحم عنده، فلا يتصور اشتمال

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣/٤٩٦

اللحم على الشحم. وذكر القاضي أن اللحم الأبيض الذي على ظاهر اللحم الأحمر، هو والأحمر جنس واحد، وأن الألية والشحم جنسان.

وظاهر كلام الخرقي خلاف هذا؛ لقوله: إن اللحم لا يخلو من شحم، ولو لم يكن هذا شحما لم يختلط لحم بشحم، فعلى قوله، كل أبيض في الحيوان يذوب بالإذابة ويصير دهنا، فهو جنس واحد. وهذا أصح؛ لقوله تعالى: ﴿حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما﴾ [الأنعام: ١٤٦] . فاستثنى ما حملت الظهور من الشحم، ولأنه يشبه الشحم في ذوبه ولونه ومقصده، فكان شحما، كالذي في البطن.

[فصل بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا]

(٢٨٣١) فصل: وفي اللبن روايتان؛ إحداهما، هو جنس واحد؛ لما ذكرنا في اللحم. والثانية، هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم. وهذا مذهب الشافعي. وبه قال مالك؛ لأن الأنعام كلها جنس واحد.

وقال ابن عقيل: لبن البقر الأهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها؛ لأن اسم البقر يشملهما. وليس بصحيح؛ لأن لحمهما جنسان، فكان لبنهما جنسين، كالإبل والبقر. ويجوز بيع اللبن بغير جنسه، متفاضلا، وكيف شاء، يدا بيد، وبجنسه متماثلا كيلا. قال القاضي: هو مكيل لا يباع إلا بالكيل؛ لأنه العادة فيه.

ولا فرق بين أن يكونا حليبين أو حامضين، أو أحدهما حليب، والآخر حامض؛ لأن تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع، كالجودة والرداءة. وإن شيب أحدهما بماء، أو غيره، لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه؛ لأن معه من غير جنسه لغير مصلحته.

[فصل بيع اللبن بالزبد]

فصل: ويتفرع من اللبن قسمان؛ ما ليس فيه غيره كالزبد، والسمن، والمخيض، واللبأ. وما فيه غيره. وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن؛ لأنه مستخرج من اللبن، فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه، كالحيوان باللحم، والسمسم بالشيرج. وهذا مذهب الشافعي.

وعن أحمد، أنه يجوز بيع اللبن بالزبد، إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن. وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلا، ومنع جوازه متماثلا. قال القاضي: وهذه الرواية لا تخرج على المذهب؛ لأن الشيئين

إذا دخلهما الربا، لم يجز بيع أحدهما بالآخر، ومعه من غير جنسه، كمد عجوة ودرهم بمدين. والصحيح أن هذه الرواية." (١)

"دالة على جواز البيع في مسألة مد عجوة، وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية، كسائر الروايات المخالفة لغيرها، لكنها مخالفة لظاهر المذهب. والحكم في السمن كالحكم في الزبد.

وأما اللبن بالمخيض الذي فيه زبده، فلا يجوز. نص عليه أحمد، فقال: اللبن بالمخيض لا خير فيه. ويتخرج الجواز كالتي قبلها، وأما اللبن باللبأ فإن كان قبل أن تمسه النار، جاز متماثلا؛ لأنه لبن بلبن.

وإن مسته النار لم يجز. وذكر القاضي وجها، أنه يجوز، وليس بصحيح؛ لأن النار عقدت أجزاء أحدهما، وذهبت ببعض رطوبته، فلم يجز بيعه بما لم تمسه النار، كالخبز بالعجين، والمقلية بالنيئة.

وهذا مذهب الشافعي. وأما بيع النوع من فروع اللبن بنوعه، فما فيه خلط من غير اللبن، كالكشك والكامخ، ونحوهما، لا يجوز بيعه بنوعه ولا بغيره؛ لأنه مختلط بغيره، فهو كمسألة مد عجوة، وما ليس فيه غيره، أو فيه غيره، إلا أن ذلك الغير لمصلحته، فيجوز بيع كل نوع منه بعضه ببعض إذا تساويا في النشافة والرطوبة، فيبيع المخيض بالمخيض، واللبأ باللبأ، والجبن بالجبن، والمصل بالمصل، والأقط بالأقط، والزبد بالزبد، والسمن بالسمن، متساويا.

ويعتبر التساوي بين الأقط بالأقط بالكيل؛ لأنه قدر بالصاع في صدقة الفطر، وهو يشبه المكيلات، وكذلك المصل والمخيض. ويباع الخبز بالخبز بالوزن؛ لأنه موزون ولا يمكن كيله، فأشبه الخبز. وكذلك الزبد والسمن. ويتخرج أن يباع السمن بالكيل. ولا يباع ناشف من ذلك برطب، كما لا يباع الرطب بالتمر ويحتمل كلام الخرقي أن لا يباع رطب من ذلك برطب كاللحم.

وأما بيع ما نزع من اللبن بنوع آخر، كالزبد، والسمن، والمخيض، فظاهر المذهب، أنه يجوز بيع الزبد والسمن بالمخيض، متماثلا ومتفاضلا؛ لأنهما جنسان، وذلك؛ لأنهما شيئان من أصل واحد، أشبها اللحم بالشحم. وممن أجاز بيع الزبد بالمخيض الثوري، والشافعي، وإسحاق. ولأن اللبن الذي في الزبد غير مقصود، وهو يسير، فأشبه الملح في الشيرج. وبيع السمن بالمخيض أولى بالجواز؛ لخلو السمن من المخيض.

ولا يجوز بيع الزبد بالسمن؛ لأن في الزبد لبنا يسيرا، ولا شيء في السمن، فيختل التماثل، ولأنه مستخرج من الزبد، فلم يجز بيعه به، كالزيتون بالزيت. وهذا مذهب الشافعي.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢٥/٤

وقال القاضي: عندي يجوز؛ لأن اللبن في الزبد غير مقصود، فوجوده كعدمه، ولذلك جاز بيعه بالمخيض وبزبد مثله. وهذا لا يصح؛ لأن التماثل واجب بينهما، وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه، يخل بالتماثل، فلم يجز بيعه به، كتمر منزوع النوى بتمر فيه نواه، ولأن أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر، فأشبه الرطب بالتمر، والعنب بالزبيب، وكل." (١)

"عليه، فأشبه السلم إذا قبضه، فوجد به عيبا. وإن كان العيب في بعضه.

فله رد الكل أو إمساكه. وهل له رد المعيب، وإمساك الصحيح؟ على وجهين، بناء على تفريق الصفقة، والحكم فيما إذا كان العوضان من جنس واحد، كالحكم في الجنسين، على ما ذكرنا. لكن يتخرج على قول من منع بيع النوعين بنوع واحد من ذلك الجنس، أنه إذا وجد بعض العوض معيبا، أن يبطل العقد في الجميع؛ لأن الذي يقابل المعيب أقل من الذي يقابل الصحيح، فيصير كمسألة مد عجوة. ومذهب الشافعي مثل ما ذكرنا في هذا الفصل، سواء. (٢٨٤٤)

[فصل أراد أخذ أرش العيب والعوضان في الصرف من جنس واحد]

فصل: ولو أراد أخذ أرش العيب، والعوضان في الصرف من جنس واحد، لم يجز؛ لحصول الزيادة في أحد العوضين، وفوات المماثلة المشترطة في الجنس الواحد، وخرج القاضي وجها بجواز أخذ الأرش في المجلس؛ لأن الزيادة طرأت بعد العقد، وليس لهذا الوجه وجه. فإن أرش العيب من العوض، يجبر به في المرابحة، ويأخذ به الشفيع، ويرد به، إذا رد المبيع بفسخ، أو إقالة، ولو لم يكن من العوض، فبأي شيء استحقه المشتري؟ فإنه ليس بهبة، على أن الزيادة في المجلس من العوض، ولو لم يكن أرشا، فالأرش أولى.

وإن كان الصرف بغير جنسه، فله أخذ الأرش في المجلس؛ لأن المماثلة غير معتبرة، وتخلف قبض بعض العوض عن بعض ما داما في المجلس لا يضر فجاز، كما في سائر البيع، وإن كان بعد التفرق، لم يجز؛ لأنه يفضي إلى حصول التفرق قبل القبض لأحد العوضين، إلا أن يجعلا الأرش من غير جنس الثمن، كأنه أخذ أرش عيب الفضة قفيز حنطة فيجوز، وكذلك الحكم في سائر أموال الربا فيما بيع بجنسه، أو بغير جنسه، مما يشترط فيه القبض، فإذا كان الأرش مما لا يشترط قبضه، كمن باع قفيز حنطة بقفيزي شعير، فوجد أحدهما عيبا فأخذ أرشه درهما جاز، وإن كان بعد التفرق؛ لأنه لم يحصل التفرق قبل قبض ما شرط فيه القبض.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤/٢٦

(٢٨٤٥) فصل: قول الخرقي: " إذا كان بصرف يومه ". يعني الرد جائز، ما لم ينقص قيمة ما أخذه من النقد عن قيمته يوم اصطرفا، فإن نقصت قيمته، كأن أخذ عشرة بدينار، فصارت أحد عشر بدينار، فظاهر كلام أحمد والخرقي، أنه لا يملك الرد؛ لأن المبيع تعيب في يده؛ لنقص قيمته، وإن كانت قيمته قد زادت، مثل أن صارت تسعة بدينار، لم يمنع الرد؛ لأنه زيادة، وليس بعيب. والصحيح أن هذا لا يمنع الرد؛ لأن تغير السعر ليس بعيب، ولهذا لا يضمن في الغصب، ولا يمنع من الرد بالعيب في القرض. ولو كان عيبا، فإن ظاهر المذهب أنه إذا تعيب المبيع عند المشتري، ثم ظهر على عيب قديم، فله رده، ورد أرش العيب الحادث عنده، وأخذ الثمن.

[فصل تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه]

(٢٨٤٦) فصل: وإن تلف العوض في الصرف بعد القبض، ثم علم عيبه، فسخ العقد، ورد الموجود." (١)

"غير إقرار من البائع، ولا حضور. ولأن التخلية ليست بقبض تام، بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم. ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض، بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمرة، فإنها في شجرها، كالمنافع قبل استيفائها، توجد حالا فحالا، وقياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة.

(٢٩٤٢) الفصل الثاني: أن الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح، والبرد، والجراد، والعطش؛ لما روى الساجي بإسناده، عن جابر، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى في الجائحة.» والجائحة تكون في البرد، والجراد، وفي الحبق، والسيل، وفي الريح. وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي - صلى الله عليه وسلم - فيجب الرجوع إليه.

وأما ما كان بفعل آدمي، فقال القاضي: المشتري بالخيار بين فسخ العقد، ومطالبة البائع بالثمن، وبين البقاء عليه، ومطالبة الجاني بالقيمة؛ لأنه أمكن الرجوع ببدله، بخلاف التالف بالجائحة. (٢٩٤٣) الفصل الثالث: أن ظاهر المذهب، أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله، كالشيء اليسير الذي لا ينضبط، فلا يلتفت إليه. قال أحمد: إني لا أقول في عشر ثمرات، ولا عشرين ثمرة، ولا أدري ما الثلث، ولكن إذا كانت جائحة تعرف؛ الثلث، أو الربع، أو الخمس، توضع. وفيه رواية أخرى، أن

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة ا لمقدسي ٣٤/٤

ما كان يعد دون الثلث فهو من ضمان المشتري وهو مذهب مالك، والشافعي في القديم؛ لأنه لا بد أن يأكل الطير منها، وتنثر الريح، ويسقط منها، فلم يكن بد من ضابط واحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة، والثلث قد رأينا الشرع اعتبره في مواضع: منها؛ الوصية، وعطايا المريض، وتساوي جراح المرأة جراح الرجل إلى الثلث.

قال الأثرم: قال أحمد: إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة. ولأن الثلث في حد الكثرة، وما دونه في حد القلة، بدليل قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في الوصية: (الثلث، والثلث كثير) . فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة، فلهذا قدر به.

ووجه الأول، عموم الأحاديث، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بوضع الجوائح. وما دون الثلث داخل فيه، فيجب وضعه. ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها، فكان ما تلف منها من مال البائع، وإن كان قليلا، كالتي على وجه الأرض، وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في العادة، ولا يسمى جائحة، فلا يدخل في الخبر، ولا يمكن التحرز منه، فهو معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط. إذا ثبت هذا، فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة، وضع من الثمن بقدر الذاهب. فإن تلف." (١)

"على موكله، كخيار الشرط. وقال أصحاب أبي حنيفة والشافعي: لا يقبل إقرار الوكيل بذلك. وهو أصح؛ لأنه إقرار على الغير، فلم يقبل، كالأجنبي، فإذا رده المشتري على الوكيل، لم يملك الوكيل رده على الموكل؛ لأنه رده بإقراره، وهو غير مقبول على غيره. ذكره القاضي.

فإن أنكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه، فنكل عنها، فرد عليه بنكوله، فهل له رده على الموكل؟ على وجهين؛ أحدهما، ليس له رده؛ لأن ذلك يجري مجرى إقراره. والثاني، له رده؛ لأنه يرجع إليه بغير اختياره، أشبه ما لو قامت به بينة.

[فصل اشترى جارية على أنها بكر ثم قال المشتري إنما هي ثيب]

(٣٠٣٠) فصل: ولو اشترى جارية على أنها بكر، ثم قال المشتري: إنما هي ثيب. أريت النساء الثقات، ويقبل قول امرأة ثقة. فإن وطئها المشتري، وقال: ما أصبتها بكرا. خرج فيه وجهان، بناء على الروايتين فيما إذا اختلفا في العيب الحادث.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤/٨١

[فصل رد المشتري السلعة بعيب فيها فأنكر البائع كونها سلعته]

(٣٠٣١) فصل: وإن رد المشتري السلعة بعيب فيها، فأنكر البائع كونها سلعته، فالقول قول البائع مع يمينه. وبه قال أبو ثور، وأصحاب الرأي. ونحوه قال الأوزاعي، فإنه قال في من صرف دراهم بدنانير، ثم رجع بدرهم، فقال الصيرفي: ليس هذا درهمي يحلف الصيرفي: بالله لقد وفيتكه، ويبرأ؛ لأن البائع منكر كون هذه سلعته، ومنكر لاستحقاق الفسخ، والقول قول المنكر. فأما إن جاء ليرد السلعة بخيار، فأنكر البائع أنها سلعته، فحكى ابن المنذر عن أحمد، أن القول قول المشتري. وهو قول الثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي؛ لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد، والرد بالعيب بخلافه.

[مسألة اشترى شيئا مأكوله في جوفه فكسره فوجده فاسدا]

(٣٠٣٢) مسألة؛ قال: (وإذا اشترى شيئا، مأكوله في جوفه، فكسره، فوجده فاسدا، فإن لم يكن لمكسوره قيمة، كبيض الدجاج، رجع بالثمن على البائع، وإن كان لمكسوره قيمة، كجوز الهند، فهو مخير في الرد وأخذ الثمن، وعليه أرش الكسر، أو يأخذ ما بين صحيحه ومعيبه) وجملة ذلك، أنه إذا اشترى ما لا يطلع على عيبه إلا بكسره، كالبطيخ، والرمان، والجوز، والبيض، فكسره فبان عيبه، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يرجع على البائع بشيء، وهو مذهب مالك؛ لأنه ليس من البائع تدليس، ولا تفريط؛ لعدم معرفته بعيبه، وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره، فجرى مجرى البراءة من العيوب.

والثانية، يرجع عليه. وهي ظاهر المذهب، وقول أبي حنيفة والشافعي؛ لأن عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري، فإذا بان معيبا، ثبت له الخيار، ولأن البائع إنما يستحق ثمن المعيب." (١)

"من المشتري طعاما بدراهم، وسلمها إليه، ثم أخذها منه وفاء، أو لم يسلمها إليه، لكن قاصه بها، كما في حديث علي بن الحسين.

[مسألة باع حيوانا أو غيره بالبراءة من كل عيب]

(٣٠٤٧) مسألة؛ قال: ومن باع حيوانا، أو غيره بالبراءة من كل عيب، لم يبرأ، سواء علم به البائع أو لم يعلم اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب، فروي عنه: أنه لا يبرأ، إلا أن يعلم المشتري بالعيب. وهو قول الشافعي وقال إبراهيم والحكم وحماد: لا يبرأ إلا مما سمى. وقال شريح: لا يبرأ إلا مما أراه أو

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤/١٢٦

وضع يده عليه. وروي نحو ذلك عن عطاء، والحسن، وإسحاق.

لأنه مرفق في البيع، لا يثبت إلا بالشرط، فلا يثبت مع الجهل، كالخيار. والرواية الثانية: أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه، ولا يبرأ من عيب علمه، ويروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت. وهو قول مالك. وقول الشافعي في الحيوان خاصة؛ لما روي أن عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت عبدا بشرط البراءة من العيب، بثمانمائة درهم، فأصاب به زيد عيبا، فأراد رده على ابن عمر، فلم يقبله، فترافعا إلى عثمان، فقال عثمان لابن عمر: تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال: لا. فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم. وهذه قضية اشتهرت، فلم تنكر، فكانت إجماعا. وروي عن أحمد أنه أجاز البراءة من المجهول فيخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب وروي هذا عن ابن عمر وهو قول أصحاب الرأي، وقول الشافعي؛ لما روت أم سلمة، «أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – استهما، وتوخيا، وليحلل كل واحد منكما صاحبه» فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة، ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه، فصح من المجهول، كالعتاق والطلاق، ولا فرق بين الحيوان وغيره، فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر، وقول عثمان قد خالفه ابن عمر، وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة. (٣٠٤٨)

فصل فإن قلنا: لا يصح شرط البراءة من العيوب. فشرطه لم يفسد البيع في ظاهر المذهب. وهو وجه لأصحاب الشافعي؛ لأن ابن عمر باع بشرط البراءة، فأجمعوا على صحته، ولم ينكره منكر. فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط، ويكون وجوده كعدمه.

وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان؛ إحداهما، أنها تفسد العقد، فيدخل فيها هذا البيع؛ لأن البائع إنما رضي بهذا الثمن عوضا عنه بهذا الشرط، فإذا فسد الشرط فات الرضى به، فيفسد البيع لعدم التراضي به.." (١)

"يفسخوا البيع فسخوا. روي أنهم كانوا يتلقون الأجلاب، فيشترون منهم الأمتعة قبل أن تهبط الأسواق، فربما غبنوهم غبنا بينا، فيضرونهم، وربما أضروا بأهل البلد؛ لأن الركبان إذا وصلوا باعوا أمتعتهم، والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعا، ويتربصون بها السعر، فهو في معنى بيع الحاضر للبادي، فنهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن ذلك.

وروى طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال: قال رسول الله: – صلى الله عليه وسلم – «لا تلقوا الركبان، ولا

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤/١٣٥

يبع حاضر لباد» وعن أبي هريرة مثله، متفق عليهما، وكرهه أكثر أهل العلم، منهم عمر بن عبد العزيز ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وإسحاق.

وحكي عن أبي حنيفة أنه لم ير بذلك بأسا. وسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أحق أن تتبع. فإن خالف، وتلقى الركبان، واشترى منهم، فالبيع صحيح في قول الجميع. وقاله ابن عبد البر. وحكي عن أحمد رواية أخرى، أن البيع فاسد لظاهر النهي.

والأول أصح؛ لأن أبا هريرة روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه، واشترى منه، فإذا أتى السوق فهو بالخيار» ، رواه مسلم، والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح، ولأن النهي لا لمعنى في البيع، بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار، فأشبه بيع المصراة، وفارق بيع الحاضر للبادي، فإنه لا يمكن استدراكه بالخيار، إذ ليس الضرر عليه، إنما هو على المسلمين.

فإذا تقرر هذا، فللبائع الخيار إذا علم أنه قد غبن. وقال أصحاب الرأي: لا خيار له.

وقد روينا قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في هذا، ولا قول لأحد مع قوله. و**ظاهر المذهب** أنه لا خيار له إلا مع الغبن؛ لأنه إنما ثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر، ولا ضرر مع عدم الغبن. وهذا ظاهر مذهب الشافعي، ويحمل إطلاق الحديث في إثبات الخيار على هذا؛ لعلمنا بمعناه ومراده؛ لأنه معنى يتعلق الخيار بمثله، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – جعل له الخيار إذا أتى السوق، فيفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالغبن في السوق، ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع. ولم يقدر الخرقي الغبن المثبت للخيار، وينبغي أن يتقيد بما يخرج عن العادة؛ لأن ما دون ذلك لا ينضبط.

وقال أصحاب مالك: إنما نهي عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق لأهل السوق، لئلا يقطع عنهم ما له جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى. قال ابن القاسم فإن تلقاها متلق، فاشتراها، عرضت على أهل السوق، فيشتركون فيها. وقال الليث بن سعد: تباع في السوق. وهذا مخالف لمدلول الحديث؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – جعل الخيار للبائع إذا دخل السوق، ولم يجعلوا له خيارا، وجعل النبي – صلى الله عليه وسلم – الخيار له يدل على أن النهي عن تلقي الركبان لحقه، لا لحق غيره. ولأن الجالس في السوق كالمتلقي، في أن كل واحد منهما مبتغ لفضل الله تعالى، فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما، وإلحاق الضرر به، دفعا للضرر." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤/١٦٥

"ولنا: قوله – عليه السلام – «من أسلم فليسلم في كيل معلوم، أو وزن معلوم.» فظاهر هذا إباحة السلم في كل مكيل وموزون ومعدود، ولأن عمل النار فيه معلوم بالعادة، ممكن ضبطه بالنشافة، والرطوبة، فصح السلم فيه، كالمجفف بالشمس.

فأما اللحم المطبوخ، والشواء، فقال القاضي: لا يصح السلم فيه. وهو مذهب الشافعي؛ لأن ذلك يتفاوت كثيرا، وعادات الناس فيه مختلفة، فلم يمكن ضبطه. وقال بعض أصحابنا: يصح السلم فيه؛ لما ذكرنا في الخبز واللبأ.

[فصل السلم في النشاب والنبل]

(٣١٩٧) فصل: ويصح السلم في النشاب والنبل. وقال القاضي: لا يصح السلم فيهما. وهو مذهب الشافعي لأنه يجمع أخلاطا من خشب، وعقب وريش، ونصل، فجرى مجرى أخلاط الصيادلة، ولأن فيه ريشا نجسا؛ لأن ريشه من جوارح الطير.

ولنا، أنه مما يصح بيعه، ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالبا، فصح السلم فيه، كالخشب والقصب، وما فيه من غيره متميز، يمكن ضبطه والإحاطة به، ولا يتفاوت كثيرا، فلا يمنع، كالثياب المنسوجة من جنسين، وقد يكون الريش طاهرا، وإن كان نجسا لكن يصح بيعه، فلم يمنع السلم فيه، كنجاسة البغل والحمار.

[فصل السلم في الحيوان]

(٣١٩٨) فصل: واختلفت الرواية في السلم في الحيوان فروي، لا يصح السلم فيه. وهو قول الثوري وأصحاب الرأي. وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة، وسعيد بن جبير، والشعبي، والجوزجاني؛ لما روي عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أنه قال: إن من الربا أبوابا لا تخفى، وإن منها السلم في السن. ولأن الحيوان يختلف اختلافا متباينا، فلا يمكن ضبطه. وإن استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن، مثل: أزج الحاجبين، أكحل العينين، أقنى الأنف، أشم العرنين، أهدب الأشفار، ألمى الشفة، بديع الصفة. تعذر تسليمه؛ لندرة وجوده على تلك الصفة.

وظاهر المذهب، صحة السلم فيه. نص عليه، في رواية الأثرم. قال ابن المنذر: وممن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر، وسعيد بن المسيب، والحسن، والشعبي، ومجاهد،

والزهري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور. وحكاه الجوزجاني عن عطاء، والحكم. لأن أبا رافع." (١)

"ولنا، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «اشترى من يهودي طعاما، ورهنه درعه، وكانا بالمدينة.» ولأنها وثيقة تجوز في السفر، فجازت في الحضر، كالضمان. فأما ذكر السفر، فإنه خرج مخرج الغالب؛ لكون الكاتب يعدم في السفر غالبا، ولهذا لم يشترط عدم الكاتب، وهو مذكور معه أيضا.

[فصل الرهن غير واجب]

(٣٢٧٣) فصل: والرهن غير واجب. لا نعلم فيه مخالفا؛ لأنه وثيقة بالدين، فلم يجب، كالضمان والكتابة. وقول الله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣] . إرشاد لنا لا إيجاب علينا، بدليل قول الله تعالى: ﴿فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته﴾ [البقرة: ٢٨٣] . ولأنه أمر به عند إعواز الكتابة، والكتابة غير واجبة، فكذلك بدلها.

[فصل لا يخلو الرهن من ثلاثة أحوال]

(٣٢٧٤) فصل: ولا يخلو الرهن من ثلاثة أحوال، أحدها، أن يقع بعد الحق، فيصح بالإجماع؛ لأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به، فجاز أخذها به كالضمان، ولأن الله تعالى قال: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣] . فجعله بدلا عن الكتابة، فيكون في محلها، ومحلها بعد وجوب الحق، وفي الآية ما يدل على ذلك، وهو قوله: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ [البقرة: ٢٨٢] . فجعله جزاء للمداينة مذكورا بعدها بفاء التعقيب

الحال الثاني، أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين، فيقول: بعتك ثوبي هذا بعشرة إلى شهر، ترهنني بها عبدك سعدا. فيقول: قبلت ذلك. فيصح أيضا. وبه قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأن الحاجة داعية إلى ثبوته، فإنه لو لم يعقده مع ثبوت الحق، ويشترط فيه، لم يتمكن من إلزام المشتري عقده، وكانت الخيرة إلى المشتري، والظاهر أنه لا يبذله، فتفوت الوثيقة بالحق.

الحال الثالث، أن يرهنه قبل الحق، فيقول: رهنتك عبدي هذا بعشرة تقرضنيها. فلا يصح في ظاهر المذهب. وهو اختيار أبي بكر والقاضي. وذكر القاضي: أن أحمد نص عليه، في رواية ابن منصور. وهو مذهب

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤/٢٠٩

الشافعي. واختار أبو الخطاب أنه يصح.

فمتى قال: رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غدا. وسلمه إليه، ثم أقرضه الدراهم، لزم الرهن. وهو مذهب مالك وأبي حنيفة؛ لأنه وثيقة بحق، فجاز عقدها قبل وجوبه، كالضمان، أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل، كضمان الدرك.

ولنا، أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله، فلم تصح قبله كالشهادة، ولأن الرهن تابع للحق، فلا يسبقه، كالشهادة، والثمن لا يتقدم البيع. وأما الضمان فيحتمل أن يمنع صحته، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن الضمان التزام مال تبرعا بالقول، فجاز من غير حق ثابت، كالنذر، بخلاف الرهن.." (١)

"[فصل لا يلزم الرهن إلا بالقبض]

(٣٢٧٥) مسألة قال (ولا يصح الرهن إلا أن يكون مقبوضا من جائز الأمر) يعني لا يلزم الرهن إلا بالقبض. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال بعض أصحابنا: ما كان مكيلا أو موزونا، لا يلزم رهنه إلا بالقبض، وفيما عداهما روايتان؛ إحداهما، لا يلزم إلا بالقبض.

والأخرى، يلزم بمجرد العقد، كالبيع. وقد نص أحمد على هذا، في رواية الميموني. وحمل القاضي كلام الخرقي على المكيل والموزون خاصة. وليس بصحيح؛ فإن كلام الخرقي مع عمومه، قد أتبعه بما يدل على إرادة التعميم، وهو قوله: فإن كان مما ينقل، فقبضه أخذه إياه من راهنه منقولا، وإن كان مما لا ينقل، كالدور والأرضين، فقبضه بتخلية راهنه بينه وبينه.

وقد وقال أحمد في الدار والجارية إذا ردها إلى الراهن: لم يكن رهنا في الحال. وهذا كقول الخرقي. وقال مالك: يلتزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض؛ لأنه عقد يلزم بالقبض، فلزم قبله، كالبيع.

ولنا، قول الله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣] . وصفها بكونها مقبوضة، ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول، فافتقر إلى القبض، كالقرض، ولأنه رهن لم يقبض، فلا يلزم إقباضه، كما لو مات الراهن، ولا يشبه البيع، فإنه معاوضة، وليس بإرفاق. وقول الخرقي: " من جائز الأمر ". يعني أن الراهن الذي يرهن ويقبض، يكون جائز التصرف في ماله، وهو الحر المكلف الرشيد، ولا يكون محجورا عليه، لصغر أو جنون أو سفه أو فلس، ويعتبر ذلك في حال رهنه وإقباضه؛ لأن العقد والتسليم ليس بواجب، وإنما هو إلى اختيار الراهن، فإذا لم يكن له اختيار صحيح، لم يصح، ولأنه نوع تصرف في المال، فلم يصح من المحجور عليه من غير إذن، كالبيع.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢٤٦/٤

فإن جن أحد المتراهنين قبل القبض، أو مات، لم يبطل الرهن؛ لأنه عقد يئول إلى اللزوم، فلم يبطل بجنون أحد المتعاقدين أو موته، كالبيع الذي فيه الخيار، ويقوم ولي المجنون مقامه، فإن كان المجنون الراهن، وكان الحظ في التقبيض، مثل أن يكون شرطا في بيع يستضر بفسخه ونحوه أقبضه. وإن كان الحظ في تركه، لم يجز له تقبيضه. وإن كان المجنون المرتهن، قبضه وليه إن اختار الراهن، وإن امتنع لم يجبر.

وإذا مات، قام وارثه مقامه في القبض. فإن مات الراهن، لم يلزم ورثته تقبيضه؛ لأنهم يقومون مقام الراهن، ولم يلزمه ذلك. فإن لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين، فأحب الورثة تقبيض الرهن، جاز. وإن كان عليه دين سواه فظاهر المذهب أنه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن. نص عليه أحمد، في رواية علي بن سعيد. وهو مذهب الشافعي. وذكر القاضي فيه رواية أخرى، أن لهم ذلك، أخذا مما نقل ابن منصور وأبو طالب عن أحمد، أنه قال: إذا مات الراهن أو أفلس، فالمرتهن أحق به من الغرماء

ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت أو قبله. وهذا لا يعارض ما نقله علي بن سعيد؛ لأنه خاص وهذا عام، والاستدلال به على هذه الصورة." (١)

"الأرش قيمته، بيع وبطل الرهن، وإن لم يستغرقها، بيع منه بقدر الأرش، والباقي رهن.

[فصل رهن المدبر]

(٣٢٩٢) فصل: ويصح رهن المدبر، في ظاهر المذهب. بناء على جواز بيعه. ومنع منه أبو حنيفة والشافعي؛ لأنه علق عتقه بصفة، أشبه ما لو علق عتقه بصفة توجد قبل حلول الحق.

ولنا، أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين، أشبه الإجارة. ولأنه علق عتقه بصفة لا تمنع استيفاء الحق، أشبه ما لو علقه بصفة توجد بعد حلول الحق. وما ذكروه ينتقض بهذا الأصل، ويفارق التدبير التعليق بصفة تحل قبل حلول الدين؛ لأن الرهن لا يمنع عتقه بالصفة، فإذا عتق تعذر استيفاء الدين منه، فلا يحصل المقصود، والدين في المدبر يمنع عتقه بالتدبير، ويقدم عليه، فلا يمنع حصول المقصود.

والحكم فيما إذا علم التدبير أو لم يعلم، كالحكم في العبد الجاني، على ما فصل فيه. ومتى مات السيد قبل الوفاء، فعتق المدبر، بطل الرهن، وإن عتق بعضه، بقي الرهن فيما بقي. وإن لم يكن للسيد مال يفضل عن وفاء الدين، بيع المدبر في الدين، وبطل التدبير؛ لأن الدين مقدم على التدبير، ولا يبطل الرهن. وإن كان الدين لا يستغرقه، بيع منه بقدر الدين، وعتق منه ثلث الباقي، وما بقي للورثة.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤/٢٤٧

[فصل رهن المكاتب]

(٣٢٩٣) فصل: فأما المكاتب، فالصحيح أنه لا يصح رهنه. وهو مذهب الشافعي؛ لأن استدامة القبض في الرهن شرط في الصحيح، ولا يمكن ذلك في المكاتب. وقال القاضي: قياس المذهب صحة رهنه. وهو مذهب مالك؛ لأنه يجوز بيعه وإيفاء الدين من ثمنه.

فعلى هذا يكون ما يؤديه من نجوم كتابته رهنا معه، فإن عجز ثبت الرهن فيه وفي اكتسابه، وإن عتق كان ما أداه من نجومه رهنا، بمنزلة ما لو كسب العبد القن، ثم مات.

(٣٢٩٤) فصل: وأما من علق عتقه بصفة تحل قبل حلول الحق، كمن علق عتقه بهلال رمضان، ومحل الحق آخره، لم يصح رهنه؛ لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق. ولا استيفاء الدين من ثمنه. وإن كان الدين يحل قبلها، مثل أن يعلق عتقه بآخر رمضان، والحق يحل في أوله، صح رهنه؛ لإمكان استيفاء الدين من ثمنه، فإن كانت تحتمل الأمرين، كقدوم زيد، فقياس المذهب صحة رهنه؛ لأنه في الحال محل للرهن يمكن أن يبقى حتى يستوفي الدين من ثمنه، فصح رهنه، كالمريض والمدبر. وهذا مذهب أبي حنيفة - رضي الله عنه -. ويحتمل أن لا يصح رهنه؛ لأن فيه غررا، إذ يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق، ولأصحاب الشافعي فيه اختلاف على نحو ما ذكرنا.

[فصل رهن الجارية]

(٣٢٩٥) فصل: ويحوز رهن الجارية دون ولدها، ورهن ولدها دونها؛ لأن الرهن لا يزيل الملك، فلا يحصل بذلك تفرقة، ولأنه يمكن تسليم الولد مع أمه، والأم مع ولدها، فإن دعت الحاجة إلى بيعها في الدين، بيع ولدها معها؛ لأن الجمع في العقد ممكن، والتفريق بينهما حرام، فوجب بيعه." (١)

"لأنه نوع معاوضة. وأما مع عدم الإذن، فإن الرهن ينقسم قسمين؛ محلوبا ومركوبا، وغيرهما، فأما المحلوب والمركوب، فللمرتهن أن ينفق عليه، ويركب، ويحلب، بقدر نفقته، متحريا للعدل في ذلك. ونص عليه أحمد، في رواية محمد بن الحكم، وأحمد بن القاسم واختاره الخرقي، وهو قول إسحاق. وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن، لغيبته، أو امتناعه من الإنفاق، أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن، واستئذانه. وعن أحمد رواية أخرى، لا يحتسب له بما أنفق، وهو متطوع بها، ولا ينتفع من الرهن بشيء.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤/٢٥٥

وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الرهن من راهنه، له غنمه، وعليه غرمه» .

ولأنه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به، ولا الإنفاق عليه. فلم يكن له ذلك، كغير الرهن. ولنا، ما روى البخاري، وأبو داود، والترمذي، عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا» ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة. فجعل منفعته بنفقته، وهذا محل النزاع، فإن قيل: المراد به أن الراهن ينفق وينتفع. قلنا: لا يصح لوجهين؛ أحدهما، أنه قد روي في بعض الألفاظ: " إذا كانت الدابة مرهونة، فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يشرب، وعلى الذي يشرب ويركب نفقته ". فجعل المنفق المرتهن، فيكون هو المنتفع. والثاني، أن قوله:

(بنفقته) يشير إلى أن الانتفاع عوض النفقة، وإنما ذلك حق المرتهن، أما الراهن فإنفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر، ولأن نفقة الحيوان واجبة، وللمرتهن حق قد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن، والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه، فجاز ذلك كما، يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه، والنيابة عنه في الإنفاق عليها، والحديث نقول به: والنماء للراهن، ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته، لثبوت يده عليه وولايته، وهذا فيمن أنفق محتسبا بالرجوع، فأما إن أنفق متبرعا بغير نية الرجوع، لم ينتفع به، رواية واحدة.

[فصل مؤنة الرهن غير المحلوب والمركوب]

(٣٣٧٢) فصل: وأما غير المحلوب والمركوب، فيتنوع نوعين؛ حيوان، وغيره، فأما الحيوان كالعبد والأمة ونحوهما، فهل للمرتهن أن ينفق ويستخدمه بقدر نفقته؟ **ظاهر المذهب** أنه لا يجوز. ذكرها الخرقي، ونص عليه أحمد في رواية الأثرم. قال: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يرهن العبد، فيستخدمه فقال: الرهن لا ينتفع منه بشيء، إلا حديث أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف. قلت له: فإن كان اللبن والركوب أكثر؟ قال: لا إلا بقدر. ونقل حنبل، عن أحمد، أن له استخدام العبد أيضا - وبه قال أبو ثور - إذا امتنع المالك من الإنفاق." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤/ ٢٩٠

"ووجه الأول، أنه عقد تضمن إيجاب مال، فلم يصح بغير إذن، كالنكاح. وقال أبو ثور: إن كان من جهة التجارة جاز، وإن كان من غير ذلك لم يجز. فإن ضمن بإذن سيده، صح؛ لأن سيده لو أذن له في التصرف صح.

قال القاضي: وقياس المذهب تعلق المال برقبته. وقال ابن عقيل: **ظاهر المذهب** وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد. وقال أبو الخطاب: هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده؟ على روايتين، كاستدانته بإذن سيده.

وقد سبق الكلام فيها. فإن أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده، صح، ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يد العبد، كتعلق حق الجناية برقبة الجاني، كما لو قال الحر: ضمنت لك الدين، على أن تأخذ من مالي هذا. صح. وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده، كالعبد القن؛ لأنه تبرع بالتزام مال، فأشبه نذر الصدقة بغير مال.

ويحتمل أن يصح، ويتبع به بعد عتقه، كقولنا في العبد. وإن ضمن بإذنه، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يصح أيضا؛ لأنه ربما أدى إلى تفويت الحرية. والثاني، يصح؛ لأن الحق لهما، لا يخرج عنهما. فأما المريض، فإن كان مرضه غير مخوف، أو غير مرض الموت، فحكمه حكم الصحيح. وإن كان مرض الموت المخوف، فحكم ضمانه حكم تبرعه، يحسب من ثلثه؛ لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه، ولم يأخذ عنه عوضا، فأشبه الهبة.

وإذا فهمت إشارة الأخرس، صح ضمانه؛ لأنه يصح بيعه وإقراره وتبرعه، فصح ضمانه، كالناطق، ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن إشارة يفهم بها أنه قصد الضمان؛ لأنه قد يكتب عبثا أو تجربة، فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال. ومن لا تفهم إشارته لا يصح منه الضمان؛ لأنه لا يدري بضمانه، ولأنه لا يصح سائر تصرفاته، فكذلك ضمانه.

[فصل ضمن الدين الحال مؤجلا]

(٣٥٧٥) فصل: إذا ضمن الدين الحال مؤجلا، صح، ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلا على الضامن، يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن. وبهذا قال الشافعي. قال أحمد، في رجل ضمن ما على فلان أن يؤديه في ثلاث سنين: فهو عليه، ويؤديه كما ضمن.

ووجه ذلك: ما روى ابن عباس «، أن رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير، على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: ما عندي شيء أعطيكه. فقال: والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل، فجره إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال له النبي – صلى الله عليه وسلم –: كم تستنظره؟ قال: شهرا. قال

رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: فأنا أحمل. فجاء به في الوقت الذي قال النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال له النبي – صلى الله عليه وسلم –: من أين أصبت هذا؟ قال: من معدن. قال: لا خير فيها. وقضاها عنه» .

رواه ابن ماجه، في " سننه ". ولأنه ضمن مالا بعقد مؤجل، فكان مؤجلا كالبيع.." (١)

"والناس يشتركون بها من لدن النبي – صلى الله عليه وسلم – إلى زمننا من غير نكير. فأما العروض، فلا تجوز الشركة فيها، في ظاهر المذهب.

نص عليه أحمد، في رواية أبي طالب وحرب. وحكاه عنه ابن المنذر.

وكره ذلك ابن سيرين، ويحيى بن أبي كثير والثوري، والشافعي وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي؛ لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها، لا يجوز وقوعها على أعيانها؛ لأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله، وهذه لا مثل لها، فيرجع إليه، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر، فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال، وقد تنقص قيمته، فيؤدي إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها؛ لأن القيمة غير متحققة القدر، فيفضي إلى التنازع، وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته، ولأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه، فيشاركه الآخر في العين المملوكة له. ولا يجوز وقوعها على أثمانها؛ لأنها معدومة حال العقد ولا يملكانها، ولأنه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به، فقد خرج عن ملكه وصار للبائع، وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به، فإنها تصير شركة معلقة على شرط، وهو بيع الأعيان، ولا يجوز ذلك.

وعن أحمد رواية أخرى، أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض، وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال. قال أحمد: إذا اشتركا في العروض، يقسم الربح على ما اشترطا. وقال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمتاع؟ فقال: جائز. فظاهر هذا صحة الشركة بها.

اختار هذا أبو بكر، وأبو الخطاب. وهو قول مالك، وابن أبي ليلى. وبه قال في المضاربة طاوس، والأوزاعي، وحماد بن أبي سليمان؛ لأن مقصود الشركة جواز تصرفها في المالين جميعا، وكون ربح المالين بينهما، وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان، فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها، كالأثمان. ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد، كما أننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها. وقال الشافعي: إن كانت العروض من ذوات الأمثال؛ كالحبوب والأدهان، جازت الشركة بها، في أحد الوجهين؛ لأنها من

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٠٦/٤

ذوات الأمثال، أشبهت النقود، ويرجع عند المفاصلة بمثلها.
وإن لم تكن من ذوات الأمثال، لم يجز، وجها واحدا؛ لأنه لا يمكن الرجوع بمثلها. ولنا، أنه نوع شركة، فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له، كالمضاربة، وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض، ولأنها ليست بنقد، فلم تصح الشركة بها، كالذي لا مثل له.
(٣٦٢٩) فصل: والحكم في النقرة كالحكم في العروض؛ لأن قيمتها تزيد وتنقص، فهي كالعروض.." (١)

"يقتضي حفظ المال، ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة، سيما إذا كان غائبا عن رب المال، إما لسفر المضارب، أو رب المال، فإنه لا يطالب به إلا المضارب، فإن تركه ضاع. فعلى هذا إن ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال، غرمه؛ لأنه ضيعه وفرط فيه.
وإن كان رب المال حاضرا، وعلم الحال، لم يلزم العامل طلبه، ولا يضمنه إذا تركه؛ لأن رب المال أولى بذلك من وكيله.

[فصل اشترى للمضاربة عبدا فقتله عبد لغيره]
(٣٦٨٥) فصل: وإذا اشترى للمضاربة عبدا، فقتله عبد لغيره، ولم يكن ظهر في المال ربح، فالأمر إلى رب المال، إن شاء اقتص، وإن شاء عفا على غير مال، وتبطل المضاربة فيه؛ لذهاب رأس المال. وإن شاء عفا على مال، فإن عفا على مال مثل رأس المال، أو أقل، أو أكثر، فالمضاربة بحالها، والربح بينهما على شرطهما؛ لأنه وجد بدل عن رأس المال، فهو كما لو وجد بدله بالبيع
وإن كان في العبد ربح، فالقصاص إليهما، والمصالحة كذلك؛ لكونهما شريكين فيه. والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم.

[مسألة لا ربح للمضاربة حتى يستوفي رأس المال]
(٣٦٨٦) مسألة؛ قال: (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال)
يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه، ومتى كان في المال خسران، وربح، جبرت الوضيعة من الربح، سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة، أو الخسران في صفقة والربح في أخرى، أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى؛ لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال، وما لم يفضل

---
(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٣/٥

فليس بربح. ولا نعلم في هذا خلافا، وأما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة، فظاهر المذهب أنه يثبت.

هذا الذي ذكره القاضي مذهبا. وبه قال أبو حنيفة وحكى أبو الخطاب رواية أخرى، أنه لا يملكه إلا بالقسمة. وهو مذهب مالك وللشافعي قولان، كالمذهبين. واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاختص بربحه، ولوجب أن يكون شريكا لرب المال، كشريكي العنان.

ولنا، أن الشرط صحيح، فيثبت مقتضاه، وهو أن يكون له جزء من الربح، فإذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط، كما يملك المساقي حصته من الثمرة لظهورها، وقياسا على كل شرط صحيح في عقد، ولأن هذا الربح مملوك، فلا بد له من مالك، ورب المال لا يملكه اتفاقا، ولا تثبت أحكام الملك في حقه، فلزم أن يكون للمضارب، ولأنه يملك المطالبة بالقسمة؛ فكان مالكا كأحد شريكي العنان.

ولا يمنع أن يملكه، ويكون وقاية لرأس المال، كنصيب رب المال من الربح، وبهذا امتنع اختصاصه بربحه، ولأنه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه. قال أحمد إذا وطئ المضارب جارية من المضاربة، فإن لم يكن ظهر في المال ربح، لم تكن أم ولده، وإن ظهر فيه ربح، فهي أم ولده. وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور.." (١)

"[فصل كان العبد بين اثنين فغصب رجل نصيب أحدهما]

(٣٧٢٨) فصل: وإذا كان العبد بين اثنين، فغصب رجل نصيب أحدهما، بأن يستولي على العبد، ويمنع أحدهما الانتفاع دون الآخر، ثم إن مالك نصفه والغاصب باعا العبد صفقة واحدة، صح في نصيب المالك، وبطل في نصيب الغاصب. وإن وكل الشريك الغاصب، أو وكل الغاصب الشريك في البيع، فباع العبد كله صفقة واحدة، بطل في نصيب الغاصب، في الصحيح. وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين، بناء على تفريق الصفقة؛ لأن الصفقة هاهنا وقعت واحدة، وقد بطل البيع في بعضها، فبطل في سائرها. بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب، فإنهما عقدان؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان.

ولو أن الغاصب ذكر للمشتري أنه وكل في نصفه، لصلح في نصيب الآذن؛ لكونه كالعقد المنفرد.

[فصل كان لرجلين دين لسبب واحد]

(٣٧٢٩) فصل: وإذا كان لرجلين دين لسبب واحد؛ إما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره، فقبض

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤١/٥

أحدهما منه شيئا، فللآخر مشاركته فيه. هذا ظاهر المذهب. وقد روي عن أحمد ما يدل على أن لأحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه، ولا يشاركه الآخر فيما أخذه. وهو قول أبي العالية، وأبي قلابة، وابن سيرين، وأبي عبيد قيل لأحمد: بعت أنا وصاحبي متاعا بيني وبينه، فأعطاني حقي، وقال: هذا حقك خاصة، وأنا أعطي شريكك بعد. قال: لا يجوز. قيل له: فإن أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه؟ قال: يجوز. قيل: فقد قال أبو عبيد: له أن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر، ويبرئه دون صاحبه؟ ففكر فيها، ثم قال: هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض، وقد قال ابن سيرين وأبو قلابة وأبو العالية: من أخذ شيئا فهو من نصيبه.

قال: فرأيته قد احتج له وأجازه. قال أبو بكر: العمل عندي على ما رواه حرب وحنبل، أنه لا يجوز وهو الصحيح. وقد صرح به أحمد في أول هذه الرواية، ولم يصرح بالرجوع عما قاله؛ وذلك لأنه لا يجوز أن يكون نصيب القابض ما أخذه، لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضى الشريك، فيكون المأخوذ والباقي جميعا مشتركا، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه، سواء كان باقيا في يده، أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره، وله أن يرجع على الغريم؛ لأن الحق يثبت في ذمته لهما على وجه سواء، فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر، فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء؛ لأن حقه يثبت في أحد المحلين، فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم، بأن يقول: أنا أعطيك نصف ما قبضت.

بل الخيرة إليه من أيهما شاء قبض، فإن قبض من شريكه شيئا، رجع الشريك على الغريم بمثله، وإن هلك المقبوض في يد القابض، تعين حقه فيه، ولم يضمنه للشريك؛ لأنه قدر حقه فيما." (١)

"وأما العبادات البدنية المحضة، كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث، فلا يجوز التوكيل فيها؛ لأنها تتعلق ببدن من هي عليه، فلا يقوم غيره مقامه فيها، إلا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت، وليس ذلك بتوكيل؛ لأنه لم يوكل في ذلك، ولا وكل فيه غيره. ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعا للحج. وفي فعل الصلاة المنذورة، وفي الاعتكاف المنذور عن الميت روايتان.

ولا تجوز الاستنابة في الطهارة، إلا في صب الماء، وإيصال الماء للأعضاء، وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٥/٥٩

[فصل كل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاؤه في حضرة الموكل وغيبته]

(٣٧٤٢) فصل: وكل ما جاز التوكيل فيه، جاز استيفاؤه في حضرة الموكل وغيبته. ونص عليه أحمد. وهذا مذهب مالك. وقال بعض أصحابنا: لا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل. أومأ إليه أحمد. وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية؛ لأنه يحتمل أن يعفو الموكل في حالة غيبته، فيسقط؛ وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء. ولأن العفو مندوب إليه، فإذا حضر، احتمل أن يرحمه فيعفو.

والأول ظاهر المذهب؛ لأن ما جاز استيفاؤه في حضرة الموكل، جاز في غيبته، كالحدود وسائر الحقوق، واحتمال العفو بعيد. والظاهر أنه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بعفوه، والأصل عدمه، فلا يؤثر، ألا ترى أن قضاة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كانوا يحكمون في البلاد، ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات، مع احتمال النسخ؟ وكذلك لا يحتاط في استيفاء الحدود بإحضار الشهود، مع احتمال رجوعهم عن الشهادة، أو تغير اجتهاد الحاكم.

[فصل لا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول]

(٣٧٤٣) فصل: ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول؛ لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما، فافتقر إلى الإيجاب والقبول، كالبيع. ويجوز الإيجاب بكل لفظ دل على الإذن، نحو أن يأمره بفعل شيء، أو يقول: أذنت لك في فعله «. فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – وكل عروة بن الجعد في شراء شاة» بلفظ الشراء، وقال الله تعالى، مخبرا عن أهل الكهف أنهم قالوا: ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه﴾ [الكهف: ١٩] .

ولأنه لفظ دال على الإذن، فجرى مجرى قوله: وكلتك. ويجوز القبول بقوله: قبلت. وكل لفظ دل عليه. ويجوز بكل فعل دل على القبول، نحو أن يفعل ما أمره بفعله؛ لأن الذين وكلهم النبي – صلى الله عليه وسلم – لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره. ولأنه إذن في التصرف، فجاز القبول فيه بالفعل، كأكل الطعام.." (١)

"كما لو أقر المضارب أنه ربح ألفا، ثم قال: غلطت.

ولأن الإقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة فقال: أحلفوه لي مع بينته. لم يستحلف، كذا هاهنا. والثانية، يستحلف. وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأن العادة جارية بالإقرار قبل القبض، فيحتمل صحة ما قاله،

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٦٧/٥

فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال.

ويفارق الإقرار البينة لوجهين؛ أحدهما، أن العادة جارية بالإقرار بالقبض قبله، ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبله؛ لأنها تكون شهادة زور.

والثاني، أن إنكاره مع الشهادة طعن في البينة، وتكذيب لها، وفي الإقرار بخلافه. ولم يذكر القاضي في " المجرد " غير هذا الوجه. وكذلك لو أقر أنه اقترض منه ألفا وقبضها، أو قال: له علي ألف. ثم قال: ما كنت قبضتها، وإنما أقررت لأقبضها. فالحكم كذلك.

ولأنه يمكن أن يكون قد أقر بقبض ذلك بناء على قول وكيله وظنه، والشهادة لا تجوز إلا على اليقين. فأما إن أقر أنه وهبه طعاما، ثم قال: ما أقبضتكه. وقال المتهب: بل أقبضتنيه. فالقول قول الواهب؛ لأن الأصل عدم القبض.

وإن كانت في يد المتهب، فقال: أقبضتنيها. فقال: بل أخذتها مني بغير إذني. فالقول قول الواهب أيضا؛ لأن الأصل عدم الإذن. وإن كانت حين الهبة في يد المتهب، لم يعتبر إذن الواهب، وإنما يعتبر مضي مدة يتأتى القبض فيها. وعلى من قلنا: القول قوله. منهما اليمين؛ لما ذكرنا.

[مسألة الإقرار بدين في مرض موته]

(٣٩٠١) مسألة؛ قال: (والإقرار بدين في مرض موته، كالإقرار في الصحة، إذا كان لغير وارث) هذا ظاهر المذهب. وهو قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن إقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز. وحكى أصحابنا رواية أخرى؛ أنه لا يقبل؛ لأنه إقرار في مرض الموت، أشبه الإقرار لوارث.

وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه لا يقبل إقراره بزيادة على الثلث؛ لأنه ممنوع من عطية ذلك لأجنبي، كما هو ممنوع من عطية الوارث، فلا يصح إقراره بما لا يملك عطيته، بخلاف الثلث فما دون.

ولنا، أنه إقرار غير متهم فيه، فقبل، كالإقرار في الصحة، يحققه أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه، وإبراء ذمته، وتحري الصدق، فكان أولى بالقبول. وفارق الإقرار للوارث؛ لأنه متهم فيه، على ما سنذكره. .

[فصل أقر لأجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثبت ببينة أو إقرار]

(٣٩٠٢) فصل: فإن أقر لأجنبي بدين في مرضه، وعليه دين ثبت ببينة أو إقرار في صحته، وفي المال سعة لهما، فهما." (١)

"فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه. فأما الأجرة والمهر وأرش البكارة، فهل يرجع به المتهب على الواهب؟ فيه وجهان. وإن ضمنه الواهب، فهل يرجع به على المتهب؟ فيه وجهان.

[فصل تصرفات الغاصب]

(٣٩٧٦) فصل: وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي، على ما ذكرنا من الروايتين؛ إحداهما، بطلانها. والثانية، صحتها ووقوفها على إجازة المالك. وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الغاصب الحكمية رواية، أنها تقع صحيحة، وسواء في ذلك العبادات، كالطهارة والصلاة والزكاة والحج، أو العقود كالبيع والإجارة والنكاح.

وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك، فأما ما اختار المالك إبطاله وأخذ المعقود عليه، فلم نعلم فيه خلافا، وأما ما لم يدركه المالك، فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته، وتكثر تصرفاته، ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير، وربما عاد الضرر على المالك، فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك، والعوض بنمائه وزيادته له، والحكم ببطلانه يمنع ذلك.

[فصل غصب أثمانا فاتجر بها أو عروضا فباعها واتجر بثمنها]

(٣٩٧٧) فصل: وإذا غصب أثمانا فاتجر بها، أو عروضا فباعها واتجر بثمنها، فقال أصحابنا: الربح للمالك، والسلع المشتراة له. وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك. قال الشريف: وعن أحمد أنه يتصدق به. وإن اشتراه في ذمته، ثم نقد الأثمان، فقال أبو الخطاب يحتمل أن يكون الربح للغاصب. وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه؛ لأنه اشترى لنفسه في ذمته، فكان الشراء له، والربح له، وعليه بدل المغصوب. وهذا قياس قول الخرقي ويحتمل أن يكون الربح للمغصوب منه؛ لأنه نماء ملكه، فكان له. كما لو اشترى له بعين المال. وهذا ظاهر المذهب. وإن حصل خسران، فهو على الغاصب؛ لأنه نقص حصل في المغصوب. وإن دفع المال إلى من يضارب به، فالحكم في الربح على ما ذكرناه.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٥٧/٥

ولیس على المالك من أجر العامل شيء؛ لأنه لم يأذن له في العمل في ماله، وأما الغاصب، فإن كان المضارب عالما بالغصب، فلا أجر له؛ لأنه متعد بالعمل، ولم يغره أحد، وإن لم يعلم بالغصب، فعلى الغاصب أجر مثله؛ لأنه استعمله عملا بعوض لم يحصل له، فلزمه أجره، كالعقد الفاسد.

[مسألة غصب شيئا ولم يقدر على رده]

(٣٩٧٨) مسألة؛ قال: (ومن غصب شيئا، ولم يقدر على رده، لزمت الغاصب القيمة، فإن قدر عليه، رده وأخذ القيمة) وجملته أن من غصب شيئا فعجز عن رده، كعبد أبق، أو دابة شردت، فللمغصوب منه المطالبة ببدله، فإذا أخذه ملكه، ولم يملك الغاصب العين المغصوبة، بل متى قدر عليها لزمه ردها،." (١)

"الطعام وحديث ابن أبي مليكة مرسل، لم يرد في الكتب الموثوق بها، والحكم في الغراف والدولاب والناعورة، كالحكم في البناء.

فأما إن بيعت الشجرة مع قرارها من الأرض، مفردة عما يتخللها من الأرض، فحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار، ولأن هذا مما لا ينقسم، على ما سنذكره. ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال؛ لأن القرار تابع لها، فإذا لم تجب الشفعة فيها مفردة، لم تجب في تبعها. وإن بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت؛ فإن كان السقف الذي تحته لصاحب السفل، فلا شفعة في العلو؛ لأنه بناء مفرد، وإن كان لصاحب العلو، فكذلك؛ لأنه بناء منفرد لكونه لا أرض له، فهو كما لو لم يكن السقف له.

ويحتمل ثبوت الشفعة؛ لأن له قرارا، فهو كالسفل.

[فصل من شروط الشفعة أن يكون المبيع مما يمكن قسمته]

فصل: الشرط الثالث، أن يكون المبيع مما يمكن قسمته، فأما ما لا يمكن قسمته من العقار، كالحمام الصغير، والرحى الصغيرة، والعضادة، والطريق الضيقة، والعراص الضيقة، فعن أحمد فيها روايتان؛ إحداهما، لا شفعة فيه. وبه قال يحيى بن سعيد، وربيعة، والشافعي.

والثانية، فيها الشفعة. وهو قول أبي حنيفة، والثوري، وابن سريج. وعن مالك كالروايتين. ووجه هذا عموم قوله - عليه السلام - «الشفعة فيما لم يقسم» . وسائر الألفاظ العامة، ولأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر؛ لأنه يتأبد ضرره.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٥/٢٠٥

والأول **ظاهر المذهب** لما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «لا شفعة في فناء، ولا طريق، ولا منقبة» . والمنقبة: الطريق الضيق. رواه أبو الخطاب في " رءوس المسائل ". وروي عن عثمان – رضي الله عنه – أنه قال: لا شفعة في بئر ولا فحل. ولأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع؛ لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع، فيتضرر البائع، وقد يمتنع البيع، فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى نفيها.

ويمكن أن يقال: إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة، لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة، ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم.

وقولهم: إن الضرر هاهنا أكثر لتأبده. قلنا: إلا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر، وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة، فلا يمكن التعدية، وفي الشفعة هاهنا ضرر غير موجود في محل الوفاق، وهو ما ذكرناه فتعذر الإلحاق، فأما ما أمكن قسمته مما ذكرنا، كالحمام الكبير الواسع." (١)

"[مسألة أذن الشريك في البيع ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع]

(٤٠٩٢) مسألة؛ قال: (وإن أذن الشريك في البيع، ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع، فله ذلك) وجملة ذلك أن الشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع، فقال: قد أذنت في البيع، أو قد أسقطت شفعتي. أو ما أشبه ذلك، لم تسقط، وله المطالبة بها متى وجد البيع.

هذا ظاهر المذهب. وهو مذهب مالك، والشافعي، والبتي، وأصحاب الرأي. وروي عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك؛ فإن إسماعيل بن سعيد، قال: قلت لأحمد ما معنى قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من كان بينه وبين أخيه ربعة، فأراد بيعها، فليعرضها عليه» . وقد جاء في بعض الحديث: " ولا يحل له إلا أن يعرضها عليه ".

إذا كانت الشفعة ثابتة له؟ فقال: ما هو ببعيد من أن يكون على ذلك، وأن لا تكون له الشفعة. وهذا قول الحكم، والثوري، وأبي عبيد، وأبي خيثمة، وطائفة من أهل الحديث. قال ابن المنذر: وقد اختلف فيه عن أحمد، فقال مرة: تبطل شفعته. وقال مرة: لا تبطل.

واحتجوا بقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من كان له شركة في أرض؛ ربعة، أو حائط، فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك» . ومحال أن يقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: " ومن شاء ترك ". فلا يكون لتركه معنى.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢٣٣/٥

ومفهوم قوله: " فإن باع، ولم يؤذنه، فهو أحق به " أنه إذا باعه بإذنه لا حق له. ولأن الشفعة تثبت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه، ويجبره على المعاوضة به، لدخوله مع البائع في العقد، الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه، وتركه الإحسان إليه في عرضه عليه. وهذا المعنى معدوم هاهنا، فإنه قد عرضه عليه، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه، وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه، فلا يستحق الشفعة، كما لو أخر المطالبة بعد البيع. ووجه الأول، أنه إسقاط حق قبل وجوبه، فلم يصح، كما لو أبرأه مما يجب له، أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج. وأما الخبر، فيحتمل أنه أراد العرض عليه، ليبتاع ذلك إن أراد، فتخف عليه المؤنة، ويكتفي بأخذ المشتري الشقص، لا إسقاط حقه من شفعته.

[فصل توكل الشفيع في البيع]

(٤٠٩٣) فصل: إذا توكل الشفيع في البيع، لم تسقط شفعته بذلك، سواء كان وكيل البائع أو المشتري. ذكره الشريف، وأبو الخطاب. وهو ظاهر مذهب الشافعي.." (١)

"المعاملة تشملهما. وإن قال: زارعتك: الأرض بالنصف، وساقيتك على الشجر بالربع. جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر، ويجعل له في كل نوع قدرا. وإن قال: ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف. جاز؛ لأن المزارعة مساقاة من حيث إنها تحتاج إلى السقي فيها، لحاجة الشجر إليه. وقال أصحاب الشافعي: لا يصح؛ لأن المساقاة لا تتناول الأرض، وتصح في النخل وحده. وقيل: ينبني على تفريق الصفقة.

ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق، فصح، كما لو عبر بلفظ البيع في السلم، ولأن المقصود المعنى، وقد علم بقرائن أحواله

وهكذا إن قال في الأرض البيضاء: ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها. فأما إن قال: ساقيتك على الشجر بالنصف. ولم يذكر الأرض، لم تدخل في العقد، وليس للعامل أن يزرع. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك، وأبو يوسف: للداخل زرع البياض، فإن تشارطا أن ذلك بينهما، فهو جائز، وإن اشترط صاحب الأرض أنه يزرع البياض، لم يصح لأن الداخل يسقي لرب الأرض، فتلك زيادة ازدادها عليه. ولنا أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه، كما لو كانت أرضا منفردة.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢٨٢/٥

[فصل زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة]

(٤١٤٠) فصل: وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة، لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها، وبهذا قال الشافعي، وابن المنذر، وأجازه مالك إذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل؛ لأنه يسير، فيدخل تبعا. ولنا أنه اشترط الثمرة كلها، فلم يجز، كما لو كان الشجر أكثر من الثلث.

[فصل آجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذي فيها]

(٤١٤١) فصل: وإن آجره بياض أرض، وساقاه على الشجر الذي فيها جاز؛ لأنهما عقدان يجوز إفراد كل واحد منهما، فجاز الجمع بينهما، كالبيع، والإجارة. ويحتمل أن لا يجوز، بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الأصل. والأول أولى، إلا أن يفعلا ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها، أو قبل بدو صلاحها، فلا يجوز، سواء جمعا بين العقدين، أو عقدا أحدهما بعد الآخر؛ لما ذكرنا في إبطال الحيل.

[مسألة إذا كان البذر من رب الأرض]

(٤١٤٢) مسألة قال: (إذا كان البذر من رب الأرض) **ظاهر المذهب** أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الأرض، والعمل من العامل. نص عليه." (١)

"[فصل تأجير الرجل نفسه لكسح الكنف]

(٤٣١٧) فصل: ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكنف، ويكره له أكل أجره؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «كسب الحجام خبيث» . ونهى الحر عن أكله، فهذا أولى. وقد روي عن ابن عباس، أن رجلا حج، ثم أتاه، فقال له: إني رجل أكنس، فما ترى في مكسبي؟ قال: أي شيء تكنس؟ قال: العذرة، قال: ومنه حججت، ومنه تزوجت؟ قال: نعم، قال: أنت خبيث، وحجك خبيث، وما تزوجت خبيث. أو نحو هذا، ذكره سعيد بن منصور، في " سننه " بمعناه، ولأن فيه دناءة، فكره، كالحجامة، فأما الإجارة في الجملة، فجائزة؛ لأن الحاجة داعية إليها، فلا تندفع بدون إباحة الإجارة، فوجب إباحتها، كالحجامة.

[فصل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة]

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣١٣/٥

(٤٣١٨) فصل: ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة، أو بيعة أو يتخذها لبيع الخمر، أو القمار. وبه قال الجماعة. وقال أبو حنيفة: إن كان بيتك في السواد، فلا بأس أن تؤجره لذلك. وخالفه صاحباه، واختلف أصحابه في تأويل قوله. ولنا أنه فعل محرم، فلم تجز الإجارة عليه، كإجارة عبده للفجور. ولو اكترى ذمي من مسلم داره، فأراد بيع الخمر فيها، فلصاحب الدار منعه. وبذلك قال الثوري
وقال أصحاب الرأي: إن كان بيته في السواد والجبل، فله أن يفعل ما شاء. ولنا أنه فعل محرم، جاز المنع منه في المصر، فجاز في السواد، كقتل النفس المحرمة.

[فصل ما يحرم بيعه لا يجوز إجارته]
(٤٣١٩) فصل: القسم الثالث، ما يحرم بيعه، إلا الحر والوقف وأم الولد والمدبر، فإنه يجوز إجارتها، وإن حرم بيعها، وما عدا ذلك فلا تجوز إجارته، سواء كان ممن لا يقدر على تسليمه، كالعبد الآبق، والجمل الناد، والبهيمة الشاردة، والمغصوب من غير غاصبه ممن لا يقدر على انتزاعه منه، فإنه لا تجوز إجارته؛ لأنه لا يمكن تسليم المعقود عليه. وإن كان مما تجهل صفته، فإنه لا تجوز إجارته، في ظاهر المذهب. أو كان ممن لا نفع فيه، كسباع البهائم، أو الطير التي لا تصلح للاصطياد
ولا تجوز إجارة الكلب، ولا الخنزير، بحال. ويتخرج جواز إجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه؛ لأن فيه نفعا مباحا تجوز له إعارته، فجازت إجارته له كغيره. ولأصحاب الشافعي وجهان، كهذين.
ولا تجوز إجارة ما لا يقدر على تسليم منفعته، سواء." (١)

"كالملح، والماء، والكبريت، والقير، والمومياء، والنفط، والكحل، والبرام، والياقوت، ومقاطع الطين، وأشباه ذلك، لا تملك بالإحياء، ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس، ولا احتجازها دون المسلمين؛ لأن فيه ضررا بالمسلمين، وتضييقا عليهم، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أقطع أبيض بن حمال معدن الملح، فلما قيل له: إنه بمنزلة الماء العد رده» . كذا قال أحمد.
وروى أبو عبيد، وأبو داود، والترمذي، بإسنادهم، عن أبيض بن حمال، «أنه استقطع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الملح الذي بمأرب، فلما ولى، قيل: يا رسول الله: أتدري ما أقطعت له؟ إنما أقطعت الماء العد. فرجعه منه. قال: قلت: يا رسول الله، ما يحمى من الأراك؟ قال: ما لم تنله أخفاف الإبل» . وهو حديث غريب. وروي في لفظ عنه، أنه قال: «لا حمى في الأراك»

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٠٨/٥

ورواه سعيد، فقال: حدثني إسماعيل بن عياش، عن عمرو بن قيس المأربي، عن أبيه، عن أبيض بن حمال المأربي قال: «استقطعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – معدن الملح بمأرب، فأقطعنيه، فقيل: يا رسول الله، إنه بمنزلة الماء العد. يعني أنه لا ينقطع. فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: فلا إذن» . ولأن هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة، فلم يجز إحياؤه، ولا إقطاعه، كمشارع الماء، وطرقات المسلمين. وقال ابن عقيل: هذا من مواد الله الكريم، وفيض جوده الذي لا غناء عنه، فلو ملكه أحد بالاحتجاز، ملك منعه، فضاق على الناس، فإن أخذ العوض عنه أغلاه، فخرج عن الموضع الذي وضعه الله من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة

وهذا مذهب الشافعي. ولا أعلم فيه مخالفا.

[فصل المعادن الباطنة في إقطاع الموات]

(٤٣٣٩) فصل: فأما المعادن الباطنة، وهي التي لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة، كمعادن الذهب، والفضة، والحديد، والنحاس، والرصاص، والبلور، والفيروزج، فإذا كانت ظاهرة، لم تملك أيضا بال إحياء؛ لما ذكرنا في التي قبلها. وإن لم تكن ظاهرة، فحفرها إنسان وأظهرها، لم يملكها بذلك، في ظاهر المذهب، وظاهر مذهب الشافعي ويحتمل أن يملكها بذلك. وهو قول للشافعي؛ لأنه موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة، فملك بالإحياء، كالأرض، ولأنه بإظهاره تهيأ للانتفاع به، من غير حاجة إلى تكرار." (١)

"ثم ينتقل إلى من بعده؟ على وجهين. وسنذكر ذلك في الوقف المنقطع الابتداء، إن شاء الله تعالى.

[فصل ينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم]

(٤٣٧١) فصل: وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم، في ظاهر المذهب. قال أحمد: إذا وقف داره على ولد أخيه، صارت لهم. وهذا يدل على أنهم ملكوه، وروي عن أحمد، أنه لا يملك، فإن جماعة نقلوا عنه، في من وقف على ورثته في مرضه: يجوز؛ لأنه لا يباع ولا يورث، ولا يصير ملكا للورثة، وإنما ينتفعون بغلتها. وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون

ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون، أن لا يملكون التصرف في الرقبة، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف. وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه. وقال أبو حنيفة: لا ينتقل الملك في الوقف اللازم،

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٢٢/٥

بل يكون حقا لله تعالى؛ لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة، بتمليك المنفعة، فانتقل الملك إلى الله تـعالى، كالعتق. ولنا أنه سبب يزيل ملك الواقف، وجد إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته، فوجب أن ينقل الملك إليه، كالهبة، والبيع.

ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى، ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية، ويفارق العتق، فإنه أخرجه عن المالية، وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك، كأم الولد.

[فصل ألفاظ الوقف ستة]

(٤٣٧٢) فصل: وألفاظ الوقف ستة، ثلاثة صريحة، وثلاثة كناية، فالصريحة: وقفت، وحبست، وسبلت. متى أتى بواحدة من هذه الثلاث، صار وقفا من غير انضمام أمر زائد؛ لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس، وانضم إلى ذلك عرف الشرع، بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - لعمر: «إن شئت حبست أصلها، وسبلت ثمرتها» . فصارت هذه الألفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق

وأما الكناية فهي: تصدقت، وحرمت، وأبدت. فليست صريحة؛ لأن لفظة الصدقة والتحريم مشتركة، فإن الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات، والتحريم يستعمل في الظهار والأيمان، ويكون تحريما على نفسه وعلى غيره، والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم، وتأبيد الوقف، ولم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال، فلا يحصل الوقف بمجردها، ككنايات الطلاق فيه. فإن انضم إليها أحد ثلاثة أشياء، حصل الوقف بها أحدها أن ينضم إليها لفظة أخرى تخلصها من الألفاظ الخمسة، فيقول: صدقة موقوفة، أو محبسة، أو مسبلة، أو محرمة، أو مؤبدة

أو يقول: هذه محرمة موقوفة، أو محبسة، أو مسبلة، أو مؤبدة.." (١)

"أبي حنيفة. وهو ظاهر المذهب. نص عليه أحمد، في رواية أبي طالب؛ للأحاديث المطلقة التي ذكرناها، وقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا رقبى، فمن أرقب شيئا، فهو له في حياته وموته» . وقال مجاهد: الرقبى أن يقول هي للآخر مني ومنك موتا. وروى الإمام أحمد، بإسناده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، أنه قال: «لا عمرى، ولا رقبى، فمن أعمر شيئا، أو أرقبه، فهو له حياته وموته» وهذا صريح في إبطال الشرط؛ لأن الرقبى يشترط فيها عودها إلى المرقب إن مات الآخر قبله. وأما حديثهم الذي احتجوا به، فمن قول جابر نفسه، وأما نقل لفظ النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أمسكوا

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٦/٦

عليكم أموالكم، ولا تفسدوها، فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيا وميتا، ولعقبه» . ولأنا لو أجزنا هذا الشرط، كانت هبة مؤقتة، والهبة لا يجوز فيها التأقيت، ولم يفسدها الشرط؛ لأنه ليس بشرط على المعمر، وإنما شرط ذلك على ورثته، ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه، لم يؤثر فيه

وأما قوله في الحديث الآخر: إنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث. فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن، كذلك رواه ابن أبي ذئب، وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنه قضى في من أعمر عمرى له ولعقبه، فهي له بتلة، لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا مثنوية. قال أبو سلمة: لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث.

(٤٤٨٧) فصل: والرقبى هي أن يقول: هذا لك عمرك، فإن مت قبلي رجع إلي، وإن مت قبلك فهو لك ومعناه هي لآخرنا موتا. وكذلك فسرها مجاهد. سميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه. وقد روي عن أحمد أنه قال: هي أن يقول: هي لك حياتك، فإذا مت فهي لفلان، أو هي راجعة إلي. والحكم فيها على ما تقدم ذكره، وأنها كالعمرى إذا شرط عودها إلى المعمر. وقال علي - رضي الله عنه -: العمرى والرقبى سواء. وقال طاوس: من أرقب شيئا فهو على سبيل الميراث

وقال الزهري: الرقبى وصية. يعني أن معناها إذا مت فهذا لك. وقال الحسن، ومالك وأبو حنيفة: الرقبى باطلة؛ لما روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أجاز العمرى، وأبطل الرقبى. ولأن معناها أنها للآخر منا، وهذا تمليك معلق بخطر، ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر. ولنا ما رويناه من الأخبار، وحديثهم لا نعرفه، ولا نسلم أن معناها ما ذكروه، بل معناها أنها." (١)

"أجر، فهو على الملتقط. وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي. واختار أبو الخطاب أنه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملكها، رجع بالأجر على مالكها. وكذلك قال ابن عقيل، فيما لا يملك بالتعريف؛ لأنه من مؤنة إيصالها إلى صاحبها، فكان على مالكها، كأجر مخزنها ورعيها وتجفيفها

ولنا أن هذا أجر واجب على المعرف، فكان عليه، كما لو قصد تملكها، ولأنه لو وليه بنفسه، لم يكن له أجر على صاحبها، فكذلك إذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شيء، ولأنه سبب لتملكها، فكان على الملتقط، كما لو قصد تملكها. وقال مالك: إن أعطى منها شيئا لمن عرفها، فلا غرم عليه، كما لو دفع منها شيئا لمن حفظها. وقد ذكرنا الدليل على ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٦/٧٠

[الفصل السادس كيفية تعريف اللقطة]

(٤٤٩٩) الفصل السادس: في كيفية التعريف، وهو أن يذكر جنسها لا غير، فيقول: من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب. ونحو ذلك؛ لقول عمر - رضي الله عنه - لواجد الذه ب قل: الذهب بطريق الشام ولا تصفها لأنه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعها، فلا تبقى صفتها دليلا على ملكها، لمشاركة غير المالك في ذلك، ولأنه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها، ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها، فيأخذها وهو لا يملكها، فتضيع على مالكها.

[فصل يسير اللقطة وكثيرها]

(٤٥٠٠) فصل: لم يفرق الخرقي بين يسير اللقطة وكثيرها. وهو ظاهر المذهب، إلا في اليسير الذي لا تتبعه النفس، كالتمرة والكسرة والخرقة، وما لا خطر له، فإنه لا بأس بأخذه والانتفاع به من غير تعريف؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم ينكر على واجد التمرة حيث أكلها، بل «قال له: لو لم تأتها لأتتك» . «ورأى النبي - صلى الله عليه وسلم - تمرة فقال: لولا أني أخشى أن تكون من الصدقة، لأكلتها»

ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة أخذ اليسير والانتفاع به، وقد روي ذلك عن عمر، وعلي، وابن عمر، وعائشة، وبه قال عطاء، وجابر بن زيد، وطاوس، والنخعي، ويحيى بن أبي كثير، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وليس عن أحمد وأكثر من ذكرنا تحديد اليسير الذي يباح. وقال مالك، وأبو حنيفة: لا يجب تعريف ما لا يقطع به السارق، وهو ربع دينار عند مالك، وعشرة دراهم عند أبي حنيفة

لأن ما دون ذلك تافه، فلا يجب تعريفه، كالكسرة والتمرة، والدليل على أنه تافه قول عائشة - رضي الله عنها -: كانوا لا يقطعون في الشيء التافه. وروي عن علي - رضي الله عنه -، أنه وجد دينارا فتصرف فيه. وروى الجوزجاني، عن سلمى بنت كعب، قالت: وجدت خاتما من ذهب، في طريق مكة، فسألت عائشة عنه، فقالت: تمتعي به. وروى أبو داود، بإسناده عن جابر، قال: «رخص لنا رسول الله." (١)

"أجاز له أحدهما وحده، فله ثلثاه، وإن أجازا له نصف العبد، فله نصفه، ولهما نصفه، وإن أجازا أحدهما له نصف نصيبه، ورد الآخر، فله النصف كاملا؛ الثلث نصيبه، والسدس من نصيب المجيز، وإن أجاز كل واحد منهما له نصف نصيبه، كمل له الثلثان، وإن أجاز له أحدهما نصف نصيبه، والآخر ثلاثة

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٧٦/٦

أرباع نصيبه، كمل له ثلاثة أرباع العبد. وإن وصى بالعبد لاثنين منهما، فللثالث أن يجيز لهما، أو يرد عليهما، أو يجيز لهما بعض وصيتهما، إن شاء متساويا، وإن شاء متفاضلا، أو يرد على أحدهما، ويجيز للآخر وصيته كلها أو بعضها، أو يجيز لأحدهما جميع وصيته، وللآخر بعضها، فكل ذلك جائز؛ لأن الحق له، فكيفما شاء فعل فيه.

[مسألة أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث]

(٤٦٠٥) مسألة قال: (ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث، فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصي، جاز، وإن لم يجيزوا، رد إلى الثلث) وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة، وما زاد على الثلث يقف على إجازتهم، فإن أجازوه جاز، وإن ردوه بطل. في قول جميع العلماء. والأصل في ذلك «قول النبي - صلى الله عليه وسلم - لسعد حين قال: أوصي بمالي كله؟ قال: لا. قال فبالثلثين؟ قال: لا. قال: فبالنصف؟ قال: لا. قال: فبالثلث؟ قال: الثلث، والثلث كثير» . وقوله - عليه السلام -: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم» . يدل على أنه لا شيء له في الزائد عليه. وحديث عمران بن حصين في المملوكين الذين أعتقهم المريض، ولم يكن له مال سواهم، فدعا بهم النبي - صلى الله عليه وسلم - فجزأهم ثلاثة أجزاء، وأقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولا شديدا، يدل أيضا على أنه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث، إذا لم يجز الورثة، ويجوز بإجازتهم؛ لأن الحق لهم. والقول في بطلان الوصية بالزائد عن الثلث، كالقول في الوصية للوارث، على ما ذكرنا. وهل إجازتهم تنفيذ أو عطية مبتدأة؟ فيه اختلاف ذكرناه في الوصية للوارث. والخلاف فيه مبني على أن الوصية به، أو العطية له، في مرض الموت المخوف، صحيحة موقوفة على الإجازة، أو باطلة؟ فظاهر المذهب أنها صحيحة، وأن الإجازة تنفيذ مجرد، لا يكفي فيه قول المجيز: أجزت ذلك. أو أنفذته.

أو نحوه من الكلام، ولا يفتقر إلى شروط الهبة. ويتفرع عن هذا الخلاف أنه لو أعتق عبدا لا مال سواه في مرضه، أو وصى بإعتاقه، فأعتقوه بوصيته، فقد نفذ العتق في ثلثه ووقف عتق باقيه على إجازة الورثة، فإن أجازوه، عتق جميعه، واختص عصبات الميت بولائه كله، إذا قلنا بصحة إعتاقه ووصيته. وإن قلنا: هي باطلة، والإجازة عطية مبتدأة. اختص عصبات الميت بثلث ولائه، وكان." (١)

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٤٦/٦

"بطلت المحاباة؛ لأنها وصية لوارث، ولها صداقها وربع الباقي بالميراث. وإن ماتت قبله، صحت المحاباة، ويدخلها الدور، فنقول: لها مهرها وهو خمسة، وشيء بالمحاباة يبقى لورثة الزوج خمسة الأشياء، ثم رجع إليهم نصف مالها، وهو ديناران، ونصف شيء، صار لهم سبعة ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين، اجبر وقابل، يتبين أن الشيء ثلاثة، فيكون لورثتها أربعة، ولورثته ستة. وإن خلفت مع ذلك دينارين، عاد إلى الزوج من ميراثها ثلاثة ونصف شيء، صار له ثمانية ونصف إلا نصف شيء، اجبر وقابل، يخرج الشيء ثلاثة وخمسين، فصار لورثته ستة وأربعة أخماس، ولورثتها خمسة وخمس.

[فصل أوصى بجارية لزوجها الحر فقبلها]

(٤٦١٥) فصل: وإذا أوصى بجارية لزوجها الحر، فقبلها، انفسخ النكاح؛ لأن النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين. وظاهر المذهب أن الموصى له إنما يملك بالقبول، فحينئذ ينفسخ النكاح. وفيه وجه آخر، أنه إذا قبل تبينا أن الملك كان ثابتا من حين موت الموصي، فتبين حينئذ أن النكاح انفسخ من حين موت الموصي، فإن أتت بولد لم تخل من ثلاثة أحوال: أحدها، أن تكون حاملا به حين الوصية، ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر منذ أوصى، فالصحيح أنه يكون موصى به معها؛ لأن للحمل حكما، ولهذا تصح الوصية به وله، وإذا صحت الوصية به منفردا، صحت الوصية به مع أمه، فيصير كما لو كان منفصلا فأوصى بهما جميعا. وفيه وجه آخر، لا حكم للحمل، فلا يدخل في الوصية، وإنما يثبت له الحكم عند انفصاله، كأنه حدث حينئذ. فعلى هذا إن انفصل في حياة الموصي، فهو له، كسائر كسبها، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول، فهو للورثة، على ظاهر المذهب، وإن انفصل بعده، فهو للموصى له. الحال الثاني، أن تحمل به بعد الوصية في حياة الموصي، ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة أشهر من حين أوصى؛ لأنها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية، فيحتمل أنها حملته بعدها فلم يتناوله. والأصل عدم الحمل حال الوصية، فلا نثبته بالشك، فيكون مملوكا للموصي إن ولدته في حياته. وإن ولدته بعده، وقلنا: للحمل حكم. فكذلك. وإن قلنا: لا حكم له. فهو للورثة إن ولدته قبل القبول، ولا بينة إن وضعته بعده. وكل موضع كان الولد للموصى له، فإنه يعتق عليه؛ لأنه ابنه، وعليه ولاء لأبيه؛ لأنه عتق عليه بالقرابة، وأمه أمة ينفسخ نكاحها بالملك، ولا تصير أم ولد؛ لأنها لم تعلق منه بحر في ملكه. الحال الثالث، أن تحمل بعد موت الموصي وقبل القبول، ويعلم ذلك بأن تضعه لأكثر من ستة أشهر من حين الموت، فإن وضعته قبل القبول

أيضا، فهو للوارث، في ظاهر المذهب؛ لأن الملك إنما ثبت للموصى له بعد القبول. وعلى الوجه الآخر، يكون للموصى له. وإن وضعته بعد القبول، فكذلك؛ لأن." (١)

"الإمام أحمد بإسناده،

ولأن توريث القاتل يفضي إلى تكثير القتل؛ لأن الوارث ربما استعجل موت موروثه، ليأخذ ماله، كما فعل الإسرائيلي الذي قتل عمه، فأنزل الله تعالى فيه قصة البقرة. وقيل: ما ورث قاتل بعد عاميل، وهو اسم القتيل. فأما القتل خطأ، فذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يرث أيضا. نص عليه أحمد

ويروى ذلك عن عمر، وعلي، وزيد، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وروي نحوه عن أبي بكر - رضي الله عنه -. وبه قال شريح، وعروة، وطاوس وجابر بن زيد، والنخعي، والشعبي، والثوري، وشريك، والحسن بن صالح، ووكيع، والشافعي ويحيى بن آدم، وأصحاب الرأي. وورثه قوم من المال دون الدية

وروي ذلك عن سعيد بن المسيب، وعمرو بن شعيب، وعطاء، والحسن، ومجاهد، والزهري، ومكحول، والأوزاعي، وابن أبي ذئب، وأبي ثور، وابن المنذر، وداود. وروي نحوه عن علي؛ لأن ميراثه ثابت بالكتاب والسنة، تخصص قاتل العمد بالإجماع، فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه. ولنا؛ الأحاديث المذكورة، ولأن من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها، كقاتل العمد، والمخالف في الدين، والعمومات مخصصة بما ذكرناه.

[فصل القتل المانع من الإرث]

(٤٩٤٤) فصل: والقتل المانع من الإرث هو القتل بغير حق، وهو المضمون بقود، أو دية، أو كفارة كالعمد، وشبه العمد، والخطأ، وما جرى مجرى الخطأ؛ كالقتل بالسبب، وقتل الصبي، والمجنون، والنائم، وما ليس بمضمون بشيء مما ذكرنا لم يمنع الميراث؛ كالقتل قصاصا أو حدا، أو دفعا عن نفسه، وقتل العادل الباغي، أو من قصد مصلحة موليه بما له فعله؛ من سقي دواء، أو ربط جراح، فمات

ومن أمره إنسان عاقل كبير ببط خراجه، أو قطع سلعة منه، فتلف بذلك، ورثه في ظاهر المذهب. قال أحمد: إذا قتل العادل الباغي في الحرب يرثه. ونقل محمد بن الحكم عن أحمد، في أربعة شهدوا على

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٥١/٦

أختهم بالزنا، فرجمت، فرجموا مع الناس: يرثونها هم غير قتلة. وعن أحمد، رواية أخرى، تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال، فإنه قال، في رواية ابنيه صالح، وعبد الله: لا يرث العادل." (١)

"الباغي، ولا يرث الباغي العادل

وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال. وهذا ظاهر مذهب الشافعي، أخذا بظاهر لفظ الحديث، ولأنه قاتل، فأشبه الصبي، والمجنون والنائم، والساقط على إنسان من غير اختيار منه، وسائق الدابة، وقائدها، وراكبها، إذا قتلت بيدها، أو فيها، فإنه يرثه؛ لأنه قتل غير متهم فيه، ولا مأثم فيه، فأشبه القتل في الحد. ولنا، على أبي حنيفة وأصحابه عموم الأخبار، خصصنا منها القتل الذي لا يضمن، ففيما عداه يبقى على مقتضاها، ولأنه قتل مضمون فيمنع الميراث كالخطأ

ولنا، على الشافعي، أنه فعل مأذون فيه، فلم يمنع الميراث، كما لو أطعمه أو سقاه باختياره، فأفضى إلى تلفه، ولأنه حرم الميراث في محل الوفاق، كي لا يفضي إلى إيجاد القتل المحرم، وزجرا عن إعدام النفس المعصومة، وفي مسألتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة، واستيفاء الحقوق المشروعة، ولا يفضي إلى إيجاد قتل محرم، فهو ضد ما ثبت في الأصل ولا يصح القياس على قتل الصبي، والمجنون؛ لأنه قتل محرم، وتفويت نفس معصومة، والتوريث يفضي إليه، بخلاف مسألتنا

إذا ثبت هذا، فالمشارك في القتل في الميراث كالمنفرد به؛ لأنه يلزمه من الضمان بحسبه، فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلما فقتل، لم يرثه، وإن شهد بحق، ورثه؛ لأنه غير مضمون.

[فصل أربعة إخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الأصغر]

(٤٩٤٥) فصل: أربعة إخوة قتل أكبرهم الثاني، ثم قتل الثالث الأصغر، سقط القصاص عن الأكبر؛ لأن ميراث الثاني صار للثالث والأصغر نصفين، فلما قتل الثالث الأصغر لم يرثه، وورثه الأكبر، فرجع إليه نصف دم نفسه، وميراث الأصغر جميعه، فسقط عنه القصاص، لميراثه بعض دم نفسه، وله القصاص على الأصغر، ويرثه في ظاهر المذهب، فإن اقتص منه ورثه، ويرث إخوته الثلاثة

ولو أن ابنين قتل أحدهما أحد أبويهما، وهما زوجان، ثم قتل الآخر أباه الآخر، سقط القصاص عن القاتل الأول، ووجب على القاتل الثاني؛ لأن الأول لما قتل أباه، ورث ماله ودمه أخوه وأمه، فلما قتل الثاني أمه، ورثها قاتل الأب، فصار له من دم نفسه ثمنه، فسقط القصاص عنه لذلك، وله القصاص على الآخر،

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٦/٣٦٥

فإن قتله ورثه في ظاهر المذهب. وإن جرح أحدهما أباه، والآخر أمه، وماتا في حال واحدة، ولا وارث لهما سواهما، فلكل واحد منهما مال الذي لم يقتله، ولكل واحد منهما القصاص على صاحبه
وكذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الأبوين، ولم يكونا زوجين، فلكل واحد منهما القصاص على أخيه، إلا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء إلا بإبطال حق الآخر فيسقطان. وإن عفا أحدهما عن الآخر، فللآخر قتل العافي، ويرثه." (١)

"أحدهما، وجوب ضمانها؛ لأن الوديعة يجب ردها.
إلا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد، ولم يثبت ذلك، ولأن الجهل بعينها كالجهل بها، وذلك لا يسقط الرد. والثاني، لا ضمان عليه؛ لأن الوديعة أمانة، والأصل عدم إتلافها والتعدي فيها، فلم يجب ضمانها. وهذا قول ابن أبي ليلى، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي. و**ظاهر المذهب** الأول؛ لأن الأصل وجوب الرد، فيبقى عليه، ما لم يوجد ما يزيله.

[فصل مات وعنده وديعة معلومة بعينها]
(٥٠٥٩) فصل: وإن مات وعنده وديعة معلومة بعينها، فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها، فإن لم يعلم بموت صاحبها من أخذها وجب عليهم إعلامه به، وليس لهم إمساكها قبل أن يعلم بها ربها؛ لأنه لم يأتمنهم عليها، وإنما حصل مال غيرهم في أيديهم، بمنزلة من أطارت الريح إلى داره ثوبا وعلم به، فعليه إعلام صاحبه به، فإن أخر ذلك مع الإمكان ضمن. كذا ها هنا. ولا تثبت الوديعة إلا بإقرار من الميت أو ورثته، أو ببينة تشهد بها. وإن وجد عليها مكتوبا وديعة، لم يكن حجة عليهم، لجواز أن يكون الظرف كانت فيه وديعة قبل هذا، أو كان وديعة لموروثهم عند غيره.
أو كانت وديعة فابتاعها، وكذلك لو وجد في رزمانج أبيه، أن لفلان عندي وديعة. لم يلزمه بذلك؛ لجواز أن يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب، أو غير ذلك.

[مسألة طالبه الوديعة فقال ما أودعتني ثم قال ضاعت من حرز]
(٥٠٦٠) مسألة؛ قال: (وإذا طالبه الوديعة، فقال: ما أودعتني. ثم قال: ضاعت من حرز، كان ضامنا؛ لأنه خرج من حال الأمانة. ولو قال: ما لك عندي شيء. ثم قال: ضاعت من حرز. كان القول قوله، ولا ضمان

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٦/٣٦٦

عليه) وجملة ذلك أنه إذا ادعى على رجل وديعة، فقال: ما أودعتني. ثم ثبت أنه أودعه، فقال: أودعتني، وهلكت من حرزي.

لم يقبل قوله، ولزمه ضمانها. وبهذا قال مالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق وأصحاب الرأي؛ لأنه مكذب لإنكاره الأول ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للأمانة. وإن أقر له بتلفها من حرزه قبل جحده، فلا ضمان عليه. وإن أقر أنها تلفت بعد جحوده، لم يسقط عنه الضمان؛." (١)

"وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره، فلا يصح القياس.

وقال أبو حنيفة: إذا كسر ختم الكيس، لم يلزمه ضمان الوديعة؛ لأنه لم يتعد في غيره. ولنا، أنه هتك حرزها، فضمنها إذا تلفت، كما لو أودعه إياها في صندوق مقفل، ففتحه وتركه مفتوحا. ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم.

[فصل ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها إلى صاحبها]

(٥٠٦٧) فصل: وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد، ثم ردها إلى صاحبها، زال عنه الضمان، فإن ردها صاحبها إليه، كان ابتداء استئمان، وإن لم يردها إليه، ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان، برئ من الضمان، في ظاهر المذهب؛ لأن الضمان حقه، فإذا أبرأه منه برئ، كما لو أبرأه من دين في ذمته. وإذا جدد له استئمانا، فقد انتهى القبض المضمون به، فزال الضمان. وقد قال أصحابنا: إذا رهن المغصوب عند الغاصب، أو أودعه عنده، زال عنه ضمان الغصب، فهاهنا أولى.

[فصل أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزن فيها ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة]

(٥٠٦٨) فصل: ولو تعدى فلبس الثوب، وركب الدابة، أو أخذ الوديعة ليستعملها، أو ليخزن فيها، ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة، لم يبرأ من الضمان. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يبرأ؛ لأنه ممسك لها بإذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي. ولنا، أنه ضمنها بعدوان، فبطل الاستئمان، كما لو جحدها ثم أقر بها، وبهذا يبطل ما ذكروه.

[فصل لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف]

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٤٦/٦

(٥٠٦٩) فصل: ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف، فإن أودع طفل أو معتوه إنسانا وديعة، ضمنها بقبضها، ولا يزول الضمان عنه بردها إليه، وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر له في ماله، أو الحاكم. فإن كان الصبي مميزا، صح إيداعه لما أذن له في التصرف فيه؛ لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك. فإن أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة، فتلفت، لم يضمنها، سواء حفظها أو فرط في حفظها. فإن أتلفها، أو أكلها، ضمنها في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي. ومن أصحابنا من قال: لا ضمان عليه.
وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه سلطه على إتلافها بدفعها إليه، فلا يلزمه ضمانها، ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكينا، فوقع عليها، كان ضمانه على عاقلته؟ ولنا، أن ما ضمنه بإتلافه قبل الإيداع، ضمنه بعد الإيداع، كالبالغ. ولا يصح قولهم: إنه سلطه على إتلافها. وإنما استحفظه إياها، وفارق دفع السكين، فإنه سبب للإتلاف، ودفع الوديعة بخلافه.." (١)

"ولنا، أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج، ملك مع الإطلاق، كالوكيل، ومتى زوج وصي الأب الصغيرة فبلغت، فلا خيار لها؛ لأن الوصي قائم مقام الموصي، فلم يثبت في تزويجه خيار، كالوكيل.

[مسألة كان الأقرب من عصبة المرأة طفلا أو كافرا أو عبدا زوجها الأبعد من عصبتها]
(٥١٧٠) مسألة؛ قال: وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلا أو كافرا أو عبدا، زوجها الأبعد من عصبتها. وجملة ذلك أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال، فعند ذلك يكون وجودهم كالعدم، فتثبت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا. وتعتبر لثبوت الولاية لمن سمينا ستة شروط؛ العقل، والحرية، والإسلام، والذكورية، والبلوغ، والعدالة، على اختلاف نذكره. فأما العقل، فلا خلاف في اعتباره؛ لأن الولاية إنما تثبت نظرا للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر، ولا يلي نفسه، فغيره أولى، وسواء في ہذا من لا عقل له لصغره كطفل، أو من ذهب عقله بجنون أو كبر، كالشيخ إذا أفند
قال القاضي: والشيخ الذي قد ضعف لكبره، فلا يعرف موضع الحظ لها، لا ولاية له. فأما الإغماء فلا يزيل الولاية؛ لأنه يزول عن قرب، فهو كالنوم، ولذلك لا تثبت الولاية عليه، ويجوز على الأنبياء – عليهم السلام –. ومن كان يجن في الأحيان لم تزل ولايته؛ لأنه لا يستديم زوال عقله، فهو كالإغماء. الشرط الثاني، الحرية، فلا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم، فإن العبد لا ولاية له على نفسه، فعلى غيره أولى.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٥٢/٦

وقال أصحاب الرأي: يجوز أن يزوجها العبد بإذنها، بناء منهم على أن المرأة تزوج نفسها، وقد مضى الكلام في هذه المسألة

الشرط الثالث، الإسلام، فلا يثبت لكافر ولاية على مسلمة. وهو قول عامة أهل العلم أيضا. قال ابن المنذر: أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا. قال أحمد: بلغنا أن عليا أجاز نكاح أخ، ورد نكاح ال أ ب وكان نصرانيا. الشرط الرابع، الذكورية شرط للولاية في قول الجميع؛ لأنه يعتبر فيها الكمال، والمرأة ناقصة قاصرة، تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها، فلأن لا تثبت لها ولاية على غيرها أولى.

الشرط الخامس، البلوغ شرط في ظاهر المذهب.

قال أحمد: لا يزوج الغلام حتى يحتلم، ليس له أمر.

وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم الثوري والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر، وأبو ثور. وعن أحمد،." (١)

"[قال قد جعلت عتق أمتي صداقها بحضرة شاهدين]

(٥٢٧٧) ؛ قال: وإذا قال: قد جعلت عتق أمتي صداقها. بحضرة شاهدين، فقد ثبت العتق والنكاح. وإذا قال: أشهد أني قد أعتقتها، وجعلت عتقها صداقها. كان العتق والنكاح أيضا ثابتين، سواء تقدم العتق أو تأخر، إذا لم يكن بينهما فصل، فإن طلقها قبل الدخول، رجع عليها بنصف قيمتها. في هذه المسألة خمسة فصول: (٥٢٧٨) الفصل الأول: أن **ظاهر المذهب** أن الرجل إذا أعتق أمته، وجعل عتقها صداقها، فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية الجماعة. وروي ذلك عن علي - رضي الله عنه - وفعله أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن، والحسن، والزهري وإسحاق.

وقال الأوزاعي: يلزمها أن تتزوجه. وروى المروذي عن أحمد: إذا أعتق أمته، وجعل عتقها صداقها، يوكل رجلا يزوجه. وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح.

قال أبو الخطاب هي الصحيحة. واختارها القاضي، وابن ع‍قيل. وهو قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي؛ لأنه لم يوجد إيجاب وقبول، فلم يصح لعدم أركانه، كما لو قال: أعتقتك. وسكت؛ ولأنها بالعتق تملك نفسها، فيجب أن يعتبر رضاها، كما لو فصل بينهما؛ ولأن العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحق الملك، فلا يجوز أن يستبيح الوطء بالمسمى، فإنه لو قال: بعتك هذه الأمة، على أن تزوجنيها بالثمن. لم يصح ولنا ما روى أنس، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «أعتق صفية، وجعل عتقها صداقها.» متفق عليه. وفي لفظ: أعتقها وتزوجها. فقلت: يا أبا حمزة، ما أصدقها؟ قال: نفسها. وروى الأثرم، بإسناده عن

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢١/٧

صفية. قالت: «أعتقني رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وجعل عتقي صداقي.» وبإسناده عن علي – رضي الله عنه – أنه كان يقول: إذا أعتق الرجل أم ولده، فجعل عتقها صداقها، فلا بأس بذلك. ومتى ثبت العتق صداقا، ثبت النكاح؛ لأن الصداق لا يتقدم النكاح، ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز، فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ.

ولأنه لم ينقل عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه استأنف عقدا، ولو استأنفه لظهر، ونقل كما نقل غيره؛ ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة، جاز له أن يتزوجها، كالإمام.

وقولهم: لم يوجد إيجاب ولا قبول. عديم الأثر؛ فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته، وعلى أنه إن لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه، وهو جعل العتق صداقا، فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها، وكما لو قال الخاطب للولي: أزوجت؟ فقال: نعم. وقال للزوج: أقبلت؟ فقال: نعم. عند أصحابنا، وكما لو أتى بالكنايات عند أبي حنيفة ومن وافقه.." (١)

"والثاني، أن التيمم يتكرر، فإيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضي إلى الإجحاف به، وهذا لا يتكرر، فلا ضرر فيه.

[فصل تزوج الأمة ثم أقر أنه كان موسرا حال النكاح]

(٥٤٠٤) فصل: وإن كان في يده مال، فذكر أنه معسر، وأن المال لغيره. فالقول قوله؛ لأنه حكم بينه وبين الله تعالى، فقبل قوله فيه، كما لو ادعى مخافة العنت. ومتى تزوج الأمة، ثم أقر أنه كان موسرا حال النكاح، فرق بينهما؛ لأنه أقر بفساد نكاحه. وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت. فإن كان قبل الدخول وصدقه السيد، فلا مهر، وإن كذبه، فله نصف المسمى؛ لأنه يدعي صحة النكاح والأصل معه، وإن كان بعد الدخول، فعليه المسمى جميعه، إلا أن يكون مهر المثل أكثر، فعلى قول من أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد، يلزمه مهر المثل؛ لإقراره به.

وإن كان المسمى أكثر، وجب وللسيد ألا يصدقه فيما قال، فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد. وهل ذلك المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين.

[مسألة عقد علي الأمة وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ثم أيسر]

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٧/٧٤

(٥٤٠٥) مسألة؛ قال: (ومتى عقد عليها وفيه الشرطان؛ عدم الطول، وخوف العنت، ثم أيسر، لم ينفسخ النكاح) هذا ظاهر المذهب، وهو مذهب الشافعي، وفي المذهب وجه آخر، أنه يفسد النكاح. وهو قول المزني؛ لأنه إنما أبيح للحاجة، فإذا زالت الحاجة لم يجز له استدامته، كمن أبيح له أكل الميتة للضرورة، فإذا وجد الحلال لم يستدمه. ولنا، أن فقد الطول أحد شرطي إباحة نكاح الأمة، فلم تعتبر استدامته، كخوف العنت، ويفارق أكل الميتة، فإن أكلها بعد القدرة ابتداء للأكل، وهذا لا يبتدئ النكاح.

إنما يستديمه، والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه، بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنعن ابتداءه دون استدامته.

[فصل تزوج على الأمة حرة]

(٥٤٠٦) فصل: وإن تزوج على الأمة حرة، صح. وفي بطلان نكاح الأمة روايتان؛ إحداهما، لا يبطل. وهو قول سعيد بن المسيب، وعطاء، والشافعي، وأصحاب الرأي. وروي معنى ذلك عن علي - رضي الله عنه -. والرواية الثانية، ينفسخ نكاح الأمة. وهو قول ابن عباس ومسروق، وإسحاق، والمزني. ووجه الروايتين ما تقدم في المسألة.." (١)

"امرأة أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت: «يا رسول الله، إن رفاعة طلقني، فبت طلاقي، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير، وإنما له مثل هدبة الثوب، فقال: تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك» . ولم يضرب له مدة. ولنا، ما روي أن عمر - رضي الله عنه - أجل العنين سنة. وروى ذلك الدارقطني، بإسناده عن عمر وابن مسعود، والمغيرة بن شعبة ولا مخالف لهم. ورواه أبو حفص عن علي ولأنه عيب يمنع الوطء، فأثبت الخيار، كالجب في الرجل، والرتق في المرأة، فأما الخبر، فلا حجة لهم فيه؛ فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه، وطلب المرأة ذلك، ولم يوجد واحد منهما وقد روي أن الرجل أنكر ذلك، وقال: إني لأعركها عرك الأديم. وقال ابن عبد البر: وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه، فلا معنى لضرب المدة. وصحح ذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: (تريدين أن ترجعي إلى رفاعة) . ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك إليها. وقيل: إنها ذكرت ضعفه، وشبهته بهدبة الثوب مبالغة، ولذلك قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: (حتى تذوقي عسيلته) والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٣٨/٧

[مسألة ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها]

(٥٥٣٢) مسألة؛ قال: وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها، أجل سنة منذ ترافعه، فإن لم يصبها فيها، خيرت في المقام معه أو فراقه، فإن اختارت فراقه، كان ذلك فسخا بلا طلاق. وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك، فإن أنكر والمرأة عذراء، فالقول قولها، وإن كانت ثيبا، فالقول قوله مع يمينه. في ظاهر المذهب؛ لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته، والأصل السلامة وقال القاضي: هل يستحلف أو لا؟ على وجهين، بناء على دعوى الطلاق. فإن أقر بالعجز، أو ثبت ببينة على إقراره به، أو أنكر وطلبت يمينه فنكل، ثبت عجزه، ويؤجل سنة. في قول عامة أهل العلم. وعن الحارث بن ربيعة، أنه أجل عشرة أشهر. ولنا قول من سمينا من الصحابة، ولأن هذا العجز قد يكون لعنة، وقد يكون لمرض، فضربت له سنة لتمر به الفصول الأربعة، فإن كان من يبس زال في فصل الرطوبة، وإن كان من رطوبة زال في فصل." (١)

"أحدها، ما يزيل الملك عن الرقبة، كالبيع والهبة والعتق، فهذا يمنع الرجوع، وله نصف القيمة؛ لزوال ملكها، وانقطاع تصرفها. فإن عادت العين إليها قبل طلاقها، ثم طلقها وهي في يدها بحالها، فله الرجوع في نصفها؛ لأنه وجدها بعينها، فأشبه ما لو لم يخرجها، ولا يلزم الوالد إذا وهب لولده شيئا فخرج عن ملكه، ثم عاد إليه، حيث لا يملك الرجوع فيه، لأننا نمنع ذلك، وإن سلمناه فإن حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال، بدليل أنه لا يطالب ببذله، والزوج لم يسقط حقه بالكلية، بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه، فإذا وجد كان الرجوع في عينه أولى.

وفي معنى هذه التصرفات الرهن، فإنه وإن لم يزل الملك عن الرقبة، لكنه يراد للبيع المزيل للملك، ولذلك لا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه، ففي الرجوع في العين إبطال لحق المرتهن من الوثيقة، فلم يجز، وكذلك الكتابة، فإنها تراد للعتق المزيل للملك، وهي عقد لازم، فجرت مجرى الرهن. فإن طلق الزوج قبل إقباض الهبة أو الرهن، أو في مدة الخيار في البيع، ففيه وجهان: أحدهما، لا تجبر على رد نصفه إليه؛ لأنه عقد عقدته في ملكها، فلم تملك إبطاله، كاللازم، ولأن ملكها قد زال، فلم تملك الرجوع فيما ليس بمملوك لها. والثاني، تجبر على تسليم نصفه؛ لأنها قادرة على ذلك، ولا زيادة فيها.

وللشافعي قولان، كهذين الوجهين. فأما إن طلقها بعد تقبيض الهبة والرهن، ولزوم البيع، فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع والرهن والهبة، لم يكن له الرجوع في نصفها؛ لأن حقه يثبت في القيمة. الثاني

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٧/٢٠٠

تصرف غير لازم لا ينقل الملك، كالوصية والشركة والمضاربة فهذا لا يبطل حق الرجوع في نصفه، ويكون وجود هذا التصرف كعدمه؛ لأنه تصرف لم ينقل الملك، ولم يمنع المالك من التصرف، فلا يمنع من له الرجوع على المالك من الرجوع، كالإيداع والعارية. فأما إن دبرته، فظاهر المذهب أنه لا يمنع الرجوع لأنه وصية، أو تعليق نصفه، وكلاهما لا يمنع الرجوع، ولأنه لا يمنع البيع، فلم يمنع الرجوع كالوصية.

ولا يجبر الزوج على الرجوع في نصفه، بل يخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته؛ لأن شركة من نصفه مدبر نقص، ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حنفي فيحكم بعتقه. وإن كانت أمة فدبرتها، خرج على الروايتين، إن قلنا: تباع في الدين فهي كالعبد، وإن قلنا: لا تباع. لم يجبر الزوج على الرجوع في نصفها. وإن كاتبت الأمة أو العبد، لم يجبر الزوج على الرجوع في العبد؛ لأنه نقص. وإن اختار الرجوع، وقلنا: الكتابة تمنع البيع. منعت الرجوع.

وإن قلنا: لا تمنع." (١)

"[فصل أوجب لها نصف المهر]

(٥٦٠١) فصل: ومن أوجب لها نصف المهر، لم تجب لها متعة، سواء كانت ممن سمي لها صداق أو لم يسم لها لكن فرض بعد العقد. وبهذا قال أبو حنيفة، في من سمي لها. وهو قديم قولي الشافعي وروي عن أحمد: لكل مطلقة متاع. وروي ذلك عن علي بن أبي طالب، والحسن، وسعيد بن جبير، وأبي قلابة، والزهري، وقتادة، والضحاك، وأبي ثور؛ لظاهر قوله تعالى ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾ [البقرة: ٢٤١] .

ولقوله تعالى لنبيه: - عليه السلام - ﴿قل لأزواجك﴾ [الأحزاب: ٢٨] إلى قوله ﴿فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا﴾ [الأحزاب: ٢٨] وعلى هذه الرواية، لكل مطلقة متاع، سواء كانت مفوضة أو مسمى لها، مدخولا بها أو غيرها؛ لما ذكرنا. وظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا للمفوضة التي لم يدخل بها إذا طلقت. قال أبو بكر: كل من روى عن أبي عبد الله فيما أعلم، روى عنه أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن لم يسم لها مهر، إلا حنبلا، فإنه روى عن أحمد أن لكل مطلقة متاعا. قال أبو بكر: والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات عنه بخلافها.

ولنا: قوله تعالى ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن﴾ [البقرة: ٢٣٦] . ثم قال: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة:

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٧/٢٣٢

٢٣٧] . فخص الأولى بالمتعة، والثانية بنصف المفروض، مع تقسيمه النساء قسمين، وإثباته لكل قسم حكما، فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه، وهذا يخص ما ذكروه.

ويحتمل أن يحمل الأمر بالمتاع في غير المفوضة على الاستحباب؛ لدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفي وجوبها، جمعا بين دلالة الآيات والمعنى، فإنه عوض واجب في عقد، فإذا سمي فيه عوض صحيح، لم يجب غيره، كسائر عقود المعاوضة، ولأنها لا تجب لها المتعة قبل الفرقة، ولا ما يقوم مقامها، فلم تجب لها عند الفرقة، كالمتوفى عنها زوجها.

[فصل طلق المسمى لها أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول]

فصل: ولو طلق المسمى لها بعد الدخول، أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول، فلا متعة لواحدة منهما إلا على رواية حنبل. وقد ذكرنا ذلك، وذكرنا قول من ذهب إليه. وظاهر المذهب: أنه لا متعة لواحدة منهما، وهو قول أبي حنيفة. وللشافعي قولان، كالروايتين، وقد ذكرنا ذلك. إذا ثبت هذا، فإنه يستحب أن يمتعهما. نص عليه أحمد، فقال: أنا أوجبها على من لم يسم لها صداقا،." (١)

"[فصل علق طلاق امرأته بصفة ثم أبانها بخلع أو طلاق ثم عاد فتزوجها ووجدت الصفة]

(٥٨١٢) فصل: إذا علق طلاق امرأته بصفة، ثم أبانها بخلع أو طلاق، ثم عاد فتزوجها، ووجدت. الصفة، طلقت. ومثاله إذا قال: إن كلمت أباك فأنت طالق. ثم أبانها بخلع، ثم تزوجها، فكلمت أباها، فإنها تطلق. نص عليه أحمد. فأما إن وجدت الصفة في حال البينونة، ثم تزوجها، ثم وجدت مرة أخرى، فظاهر المذهب أنها تطلق. وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطلق. نص عليه في العتق، في رجل قال لعبده: أنت حر إن دخلت الدار. فباعه، ثم رجع، يعني فاشتراه، فإن رجع وقد دخل الدار لم يعتق.

وإن لم يكن دخل فلا يدخل إذا رجع إليه، فإن دخل عتق. فإذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود، وجب أن يكون في الطلاق مثله، بل أولى؛ لأن العتق يتشوف الشرع إليه، ولذلك قال الخرقي: وإذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق. لم تطلق إن تزوجها. ولو قال: إن ملكت فلانا فهو حر. فملكه صار حرا. وهذا اختيار أبي الحسن التميمي. وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا أبانها بطلاق ثلاث، وإن لم توجد الصفة في حال البينونة. هذا مذهب مالك، وأبي حنيفة، وأحد أقوال الشافعي. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن الرجل إذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار. فطلقها

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٧/ ٢٤٠

ثلاثا، ثم نكحت غيره، ثم نكحها الحالف، ثم دخلت الدار، أنه لا يقع عليها الطلاق. وهذا على مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي، لأن إطلاق الملك يقتضي ذلك فإن أبانها دون الثلاث فوجدت الصفة، ثم تزوجها، انحلت يمينه في قولهم، وإن لم توجد الصفة في البينونة، ثم نكحها، لم تنحل في قول مالك، وأصحاب الرأي، وأحد أقوال الشافعي. وله قول آخر: لا تعود الصفة بحال. وهو اختيار المزني، وأبي إسحاق؛ لأن الإيقاع وجد قبل النكاح فلم يقع، كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها، فإنه لا خلاف في أنه لو قال لأجنبية: أنت طالق إذا دخلت الدار. ثم تزوجها، ودخلت الدار لم تطلق. وهذا في معناه.

فأما إذا وجدت الصفة في حال البينونة، انحلت اليمين؛ لأن الشرط وجد في وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه، فسقطت اليمين، وإذا انحلت مرة، لم يمكن عودها إلا بعقد جديد. ولنا أن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح، فيقع، كما لو لم يتخلله بينونة، أو كما لو بانت بما دون الثلاث عند مالك، وأبي حنيفة، ولم تفعل الصفة. وقولهم: أن هذا طلاق قبل نكاح. قلنا: يبطل بما إذا لم يكمل الثلاث. وقولهم: تنحل الصفة بفعلها. قلنا: إنما تنحل بفعلها على وجه يحنث به؛ وذلك لأن اليمين حل وعقد، ثم ثبت أن عقدها يفتقر إلى الملك، فكذلك حلها، والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها، فلا تنحل اليمين.

وأما العتق ففيه روايتان:." (١)

"كان للسنة على كل حال، حتى قد قال أبو حنيفة: لو أمسكها بيده لشهوة، ثم والى بين الثلاث، كان مصيبا للسنة؛ لأنه يكون مرتجعا لها.

والمعنى فيه أنه إذا ارتجعها، سقط حكم الطلقة الأولى، فصارت كأنها لم توجد، ولا غنى به عن الطلقة الأخرى إذا احتاج إلى فراق امرأته، بخلاف ما إذا لم يرتجعها؛ فإنه مستغن عنها، لإفضائها إلى مقصوده من إبانتها، فافترقا، ولأن ما ذكروه إرداف طلاق من غير ارتجاع، فلم يكن للسنة، كجمع الثلاث في طهر واحد، وتحريم المرأة لا يزول إلا بزوج وإصابة من غير حاجة، فلم يكن للسنة، كجمع الثلاث.

[فصل طلاق البدعة]

(٥٨١٦) فصل: فإن طلق للبدعة، وهو أن يطلقها حائضا، أو في طهر أصابها فيه، أثم، ووقع طلاقه. في قول عامة أهل العلم. قال ابن المنذر، وابن عبد البر: لم يخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال. وحكاه أبو نصر عن ابن علية، وهشام بن الحكم، والشيعة قالوا: لا يقع طلاقه؛ لأن الله تعالى أمر به في قبل

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣٦١/٧

العدة، فإذا طلق في غيره لم يقع، كالوكيل إذا أوقعه في زمن أمره موكله بإيقاعه في غيره.

ولنا حديث ابن عمر، أنه طلق امرأته وهي حائض، فأمره النبي – صلى الله عليه وسلم – أن يراجعها. وفي رواية الدارقطني قال: «فقلت: يا رسول الله، أفرأيت لو أني طلقتها ثلاثا، أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال: لا، كانت تبين منك، وتكون معصية.» وقال نافع: وكان عبد الله طلقها تطليقة، فحسبت من طلاقه، وراجعها كما أمره رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. ومن رواية يونس بن جبير، عن ابن عمر، قال: قلت لابن عمر: أفتعتد عليه، أو تحتسب عليه؟ قال: نعم أرأيت إن عجز واستحمق، وكلها أحاديث صحاح. لأنه طلاق من مكلف في محل الطلاق، فوقع، كطلاق الحامل، ولأنه ليس بقربه، فيعتبر لوقوعه موافقة السنة، بل هو إزالة عصمة، وقطع ملك، فإيقاعه في زمن البدعة أولى، تغليظا عليه، وعقوبة له، أما غير الزوج، فلا يملك الطلاق، والزوج يملكه بملكه محله.

[فصل مراجعة المطلقة]

(٥٨١٧) فصل: ويستحب أن يراجعها، لأمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بمراجعتها، وأقل أحوال الأمر الاستحباب، ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق. ولا يجب ذلك في ظاهر المذهب. وهو قول الثوري، والأوزاعي، والشافعي، وابن أبي ليلى، وأصحاب الرأي. وحكى ابن أبي موسى، عن أحمد، رواية أخرى،." (١)

"سائر الكنايات. وهذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يقع اثنتان، وإن نواهما وقع واحدة. وقد تقدم ذكر ذلك.

وإن قال: أنت واحدة. فهي كناية خفية، لكنها لا تقع بها إلا واحدة. وإن نوى ثلاثا؛ لأنها لا تحتمل غير الواحدة. وإن قال: أغناك الله. فهي كناية خفية؛ لأنه يحتمل: أغناك الله بالطلاق. لقول الله تعالى: ﴿وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته﴾ [النساء: ١٣٠] .

[فصل الطلاق الواقع بالكنايات]

(٥٨٦٢) فصل: والطلاق الواقع بالكنايات رجعي، ما لم يقع الثلاث في ظاهر المذهب. وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة كلها بوائن، إلا: اعتدي. واستبرئي رحمك. وأنت واحدة؛ لأنها تقتضي البينونة، فتقع البينونة،

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣٦٦/٧

كقوله: أنت طالق ثلاثا. ولنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض، ولا استيفاء عدد، فوجب أن يكون رجعيا، كصريح الطلاق، وما سلموه من الكنايات. وقولهم: إنها تقتضي البينونة قلنا: فينبغي أن تبين بثلاث؛ لأن المدخول بها لا تبين إلا بثلاث أو عوض.

[فصل ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق]

(٥٨٦٣) فصل: فأما ما لا يشبه الطلاق، ولا يدل على الفراق، كقوله: اقعدي. وقومي. وكلي. واشربي. واقربي. وأطعميني واسقيني. وبارك الله عليك. وغفر الله لك. وما أحسنك. وأشباه ذلك، فليس بكناية، ولا تطلق به، وإن نوى؛ لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق، فلو وقع الطلاق به لوقع بمجرد النية، وقد ذكرنا أنه لا يقع بها. وبهذا قال أبو حنيفة. واختلف أصحاب الشافعي في قوله: كلي. واشربي. فقال بعضهم: كقولنا، وقال بعضهم: هو كناية؛ لأنه يحتمل: كلي ألم الطلاق. واشربي كأس الفراق. فوقع به، كقولنا: ذوقي، وتجرعي.

ولنا، أن هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده إلا فيما لا ضرر فيه، كنحو قوله تعالى: ﴿كلوا واشربوا هنيئا بما كنتم تعملون﴾ [الطور: ١٩] . وقال: ﴿فكلوه هنيئا مريئا﴾ [النساء: ٤] . فلم يكن كناية، كقوله: أطعميني. وفارق ذوقي. وتجرعي؛ فإنه يستعمل في المكاره، كقول الله تعالى: ﴿ذق إنك أنت العزيز الكريم﴾ [الدخان: ٤٩]." (١)

"الشرط. فيقبل؛ لأنه لا يجوز صرف الكلام عما يقتضيه إلا بقصده. وإن قال: أنت طالق إذ دخلت الدار. طلقت في الحال؛ لأن إذ للماضي. ويحتمل أن لا يقع؛ لأن الطلاق لا يقع في زمن ماض، فأشبه قوله: أنت طالق أمس.

(٥٩٥٥) فصل: وإذا علق الطلاق بشرطين، لم يقع قبل وجودهما جميعا، في قول عامة أهل العلم. وخرج القاضي وجها في وقوعه بوجود أحدهما، بناء على إحدى الروايتين في من حلف أن لا يفعل شيئا، ففعل بعضه. وهذا بعيد جدا، يخالف الأصول ومقتضى اللغة والعرف، وعامة أهل العلم؛ فإنه لا خلاف بينهم في المسائل التي ذكرناها في الشرطين جميعا، وإذا اتفق العلماء على أنه لا يقع طلاقه؛ لإخلاله بالترتيب في الشرطين المرتبين في مثل قوله: إن أكلت ثم لبست. فلإخلاله بالشرط كله أولى، ثم يلزم على هذا ما لو

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣٩٥/٧

قال: إن أعطيتني درهمين فأنت طالق، وإذا مضى شهران فأنت طالق. فإنه لا خلاف في أنها لا تطلق قبل وجودهما جميعا، وكان قوله يقتضي أن يقع الطلاق بإعطائه بعض درهم ومضي بعض يوم، وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما، وقد نص أحمد على أنه إذا قال: إن حضت حيضة فأنت طالق. وإذا قال: إذا صمت يوما فأنت طالق. أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة، وإذا غابت الشمس من اليوم الذي تصوم فيه طلقت، وأما اليمين، فإنه متى كان في لفظه أو نيته ما يقتضي جميع المحلوف عليه، لم يحنث إلا بفعل جميعه.

وفي مسألتنا ما يقتضي تعليق الطلاق بالشرطين معا؛ لتصريحه بهما، وجعلهما شرطا للطلاق، والحكم لا يثبت بدون شرطه، على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه، فيقتضي المنع من فعل جميعه، لنهي الشارع عن شيء يقتضي المنع من كل جزء منه، كما يقتضي المنع من جملته، وما علق على شرط جعل جزاء وحكما له، والجزاء لا يوجد بدون شرطه، والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه، لغة وعرفا وشرعا.

[فصول في تعليق الطلاق]

(٥٩٥٦) فصول في تعليق الطلاق: إذا قال لامرأته: إن حضت فأنت طالق، فقالت: قد حضت. فصدقها، طلقت، وإن كذبها، ففيه روايتان؛ إحداهما، يقبل قولها؛ لأنها أمينة على نفسها. وهذا قول أبي حنيفة، والشافعي. وهو ظاهر المذهب؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ [البقرة: ٢٢٨] . قيل: هو الحيض والحمل. ولولا أن قولها فيه مقبول، لما حرم عليها كتمانه، وصار هذا كما قال الله تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة﴾ [البقرة: ٢٨٣] .." (١)

"في الطلاق ولا يفتقر إلى ما تفتقر إليه العبادات من النية ولأنه لو شك في طلقتين فطلق واحدة لصار شاكا في تحريمها عليه فلا تفيده الرجعة.

[مسألة طلق فلم يدر واحدة طلق أم ثلاثا]

(٦٠٣٧) مسألة: قال: (وإذا طلق فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثا اعتزلها وعليه نفقتها ما دامت في العدة، فإن راجعها في العدة لزمته النفقة ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق؛ لأنه متيقن للتحريم شاك في التحليل) وجملة ذلك أنه إذا طلق وشك في عدد الطلاق فإنه يبني على اليقين نص عليه أحمد في رواية ابن منصور

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٧/٤٥١

في رجل لفظ بطلاق امرأته لا يدري واحدة أم ثلاثا؟ قال: أما الواحدة فقد وجبت عليه وهي عنده حتى يستيقن وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي؛ لأن ما زاد على القدر الذي تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق، وإذا ثبت هذا فإنه تبقى أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة.

وإذا راجع وجبت النفقة وحقوق الزوجية قال الخرقي: ويحرم وطؤها ونحوه قول مالك إلا أنه حكي عنه أنه يلزمه الأكثر من الطلاق المشكوك فيه وقولهما: تيقن في التحريم؛ لأنه تيقن وجوده بالطلاق وشك في رفعه بالرجعة فلا يرتفع بالشك كما لو أصاب ثوبه نجاسة وشك في موضعها فإنه لا يزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ولا يزول إلا بغسل جميعه وفارق لزوم النفقة فإنها لا تزول بالطلقة الواحدة فهي باقية؛ لأنها كانت باقية ولم يتيقن زوالها وظاهر قول غير الخرقي من أصحابنا أنه إذا راجعها حلت له.

وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور؛ لأن التحريم المتعلق بما ينفيه يزول بالرجعة يقينا فإن التحريم أنواع؛ تحريم تزيله الرجعة وتحريم يزيله نكاح جديد وتحريم يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ومن تيقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى كمن تيقن الحدث الأصغر لا يثبت فيه حكم الأكبر ويزول تحريم الصلاة بالطهارة الصغرى، ويخالف الثوب فإن غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة فنظير مسألتنا أن يتيقن نجاسة كم الثوب ويشك في نجاسة سائره فإن حكم النجاسة فيه يزول بغسل الكم وحدها كذا هاهنا ويمكن منع حصول التحريم هاهنا ومنع يقينه فإن الرجعة مباحة لزوجها في **ظاهر المذهب** فما هو إذا متيقن للتحريم بل شاك فيه متيقن للإباحة.

[فصل رأى رجلان طائرا فحلف أحدهما بالطلاق أنه غراب وحلف الآخر بالطلاق أنه حمام]

(٦٠٣٨) فصل: إذا رأى رجلان طائرا فحلف أحدهما بالطلاق أنه غراب وحلف الآخر بالطلاق أنه حمام فطار ولم يعلما لم يحكم بحنث واحد منهما؛ لأن يقين النكاح ثابت ووقوع الطلاق مشكوك فيه، فإن ادعت." (١)

"تطليقات، وكذلك كل ما تجزأ بالحساب إنما جعل له نكاح ثلاث لأن عدد المنكوحات يتبعض فوجب أن يتبعض في حقه كالحد فلذلك كان له أن ينكح نصف ما ينكح الحر ونصف ما ينكح العبد وذلك ثلاث، وأما الطلاق فلا يمكن قسمته في حقه؛ لأن مقتضى حاله أن يكون له ثلاثة أرباع الطلاق وليس له ثلاثة أرباع فكمل في حقه ولأن الأصل إثبات الطلقات الثلاث في حق كل مطلق، وإنما خولف

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٩٣/٧

في من كمل الرق في حقه ففي من عداه يبقى على الأصل.

[فصل طلق العبد زوجته اثنتين ثم عتق]

(٦٠٥٩) فصل: إذا طلق العبد زوجته اثنتين ثم عتق لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجا غيره؛ لأنها حرمت عليه بالطلاق تحريما لا ينحل إلا بزوج وإصابة ولم يوجد ذلك فلا يزول التحريم وهذا ظاهر المذهب، وقد روي عن أحمد أنه يحل له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة، وذكر حديث ابن عباس عن النبي – صلى الله عليه وسلم – في المملوكين: «إذا طلقها تطليقتين ثم عتقا فله أن يتزوجها» وقال: لا أرى شيئا يدفعه وغير واحد يقول به؛ أبو سلمة وجابر وسعيد بن المسيب، ورواه الإمام أحمد في " المسند " وأكثر الروايات عن أحمد الأول، وقال: حديث عثمان وزيد في تحريمها عليه جيد وحديث ابن عباس يرويه عمرو بن مغيث ولا أعرفه وقد قال ابن المبارك: من أبو حسن هذا؟ لقد حمل صخرة عظيمة منكرا لهذا الحديث، قال أحمد: أما أبو حسن فهو عندي معروف ولكن لا أعرف عمرو بن مغيث قال أبو بكر: إن صح الحديث فالعمل عليه، وإن لم يصح فالعمل على حديث عثمان وزيد وبه أقول." (١)

"شاك في التحليل ". وقد روي عن أحمد ما يدل على هذا. وهو مذهب الشافعي. وحكي ذلك عن عطاء، ومالك. وقال القاضي: **ظاهر المذهب** أنها مباحة. قال أحمد، في رواية أبي طالب: لا تحتجب عنه.

وفي رواية أبي الحارث: تتشرف له ما كانت في العدة. فظاهر هذا أنها مباحة، وله أن يسافر بها، ويخلو بها، ويطأها. وهذا مذهب أبي حنيفة؛ لأنها في حكم الزوجات، فأبيحت له كما قبل الطلاق. ووجه الأولى، أنها طلقة واقعة، فأثبتت التحريم، كالتي بعوض. ولا خلاف في أنه لا حد عليه بالوطء. ولا ينبغي أن يلزمه مهر، سواء راجع أو لم يراجع؛ لأنه وطئ زوجته التي يلحقها طلاقه، فلم يكن عليه مهر، كسائر الزوجات. ويفارق ما لو وطئ الزوج بعد إسلام أحدهما في العدة؛ حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة؛ لأنه إذا لم يسلم، تبينا أن الفرقة وقعت من حين إسلام المسلم الأول منهما، وهي فرقة فسخ تبين به من نكاحه، فأشبهت التي أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه، وفي مسألتنا لا تبين إلا بانقضاء العدة، فافترقا. وقال أبو الخطاب: إذا أكرهها على الوطء، وجب عليه المهر عند من حرمها. وهو المنصوص عن الشافعي؛ لأنه وطء حرمه الطلاق، فوجب به المهر، كوطء البائن. والفرق ظاهر؛ فإن البائن ليست زوجة له وهذه

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٧/٥٠٧

زوجته، وقياس الزوجة على الأجنبية في الوطء وأحكامه بعيد.

[مسألة للعبد في الطلاق بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث]

(٦٠٧٩) مسألة قال: (وللعبد بعد الواحدة، ما للحر قبل الثلاث) أجمع العلماء على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة، إذا وجدت شروطها. فإن طلقها ثانية، فلا رجعة له، سواء كانت امرأته حرة، أو أمة؛ لأن طلاق العبد اثنتان، وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضى.

[مسألة كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما]

(٦٠٨٠) مسألة قال: (ولو كانت حاملا باثنين، فوضعت أحدهما، فله مراجعتها، ما لم تضع الثاني) هذا قول عامة العلماء، إلا أنه حكي عن عكرمة، أن العدة تنقضي بوضع الأول. وما عليه سائر أهل العلم أصح؛ فإن العدة لا تنقضي إلا بوضع الحمل كله؛ لقول الله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] واسم الحمل متناول لكل ما في البطن، فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع باقي الحمل، فتبقى الرجعة ببقائها.

ولو انقضت العدة بوضع بعض الحمل، لحل لها التزويج وهي حامل من زوج آخر، ولا قائل به. وأظن أن قتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة: تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين. فقال له قتادة: أيحل لها بأن تتزوج؟ . قال: لا قال: خصم العبد. ولو خرج بعض الولد، فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح؛ لأنها لم تضع جميع حملها، فصارت كمن ولدت أحد الولدين.." (١)

"بجوابه، ولا يذكره أهل العربية في باب القسم، فلا يكون إيلاء، وإنما يسمى حلفا تجوزا، لمشاركته القسم في المعنى المشهور في القسم، وهو الحث على الفعل أو المنع منه، أو توكيد الخبر، والكلام عند إطلاقه لحقيقته؛ ويدل على هذا قول الله تعالى ﴿فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم﴾ [البقرة: ٢٢٦] . وإنما يدخل الغفران في اليمين بالله. وأيضا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من حلف بغير الله فقد أشرك» . وقوله: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم» متفق عليه.

وإن سلمنا أن غير القسم حلف، لكن الحلف بإطلاقه إنما ينصرف إلى القسم، وإنما يصرف إلى غير القسم بدليل، ولا خلاف في أن القسم بغير الله تعالى وصفاته لا يكون إيلاء؛ لأنه لا يوجب كفارة ولا شيئا يمنع

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٧/٥٢٠

من الوطء، فلا يكون إيلاء، كالخبر بغير القسم.

وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون موليا إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله: إن وطئتك فعبدي حر. أو: فأنت طالق. أو: فأنت علي كظهر أمي. أو: فأنت علي حرام. أو: فلله علي صوم سنة أو الحج أو صدقة. فهذا يكون إيلاء؛ لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه. وإن قال: إن وطئتك فأنت زانية. لم يكن موليا؛ لأنه لا يلزمه بالوطء حق، ولا يصير قاذفا بالوطء؛ لأن القذف لا يتعلق بالشرط، ولا يجوز أن تصير زانية بوطئه لها، كما لا تصير زانية بطلوع الشمس.

وإن قال: إن وطئتك، فلله علي صوم هذا الشهر. لم يكن موليا؛ لأنه لو وطئها بعد مضيه، لم يلزمه حق، فإن صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه، فلا يلزم بالنذر، كما لو قال: إن وطئتك، فلله علي صوم أمس. وإن قال: إن وطئتك، فلله علي أن أصلي عشرين ركعة. كان موليا. وقال أبو حنيفة: لا يكون موليا؛ لأن الصلاة لا يتعلق بها مال، ولا تتعلق بمال، فلا يكون الحالف بها موليا، كما لو قال: إن وطئتك، فلله علي أن أمشي في السوق. ولنا، أن الصلاة تجب بالنذر، فكان الحالف بها موليا، كالصوم والحج، وما ذكره لا يصح؛ فإن الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة.

وأما المشي في السوق، فقياس المذهب على هذه الرواية، أنه يكون موليا؛ لأنه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين؛: إما الكفارة، وإما المشي، فقد صار الحنث موجبا لحق عليه، فعلى هذا يكون موليا بنذر فعل المباحات والمعاصي أيضا، فإن نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب، وإن سلمنا، فالفرق بينهما أن المشي لا يجب بالنذر، بخلاف مسألتنا. وإذا استثنى في يمينه، لم يكن موليا في قول الجميع؛ لأنه لا يلزمه كفارة بالحنث، فلم يكن الحنث موجبا لحق عليه. وهذا إذا كانت اليمين." (١)

"لأن اليمين بالله لا يصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة، والتشريك بينهما كناية، فلم تصح به اليمين. وقال القاضي: يكون موليا منهما. وإن قال: إن وطئتك، فأنت طالق. ثم قال للأخرى: أشركتك معها. ونوى، فقد صار طلاق الثانية معلقا على وطئها أيضا؛ لأن الطلاق يصح بالكناية، فإن قلنا: إن ذلك إيلاء في الأولى. صار إيلاء في الثانية؛ لأنها صارت في معناها، وإلا فليس بإيلاء في واحدة منهما.

وكذلك لو آلى رجل من زوجته، فقال آخر لامرأته: أنت مثل فلانة. لم يكن موليا. وقال أصحاب الرأي: هو مول. ولنا أنه ليس بصريح في القسم، فلا يكون موليا به، كما لو لم يشبها بها.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٥٣٧/٧

[فصل الإيلاء بكل لغة من العجمية وغيرها ممن يحسن العربية]

(٦١٢٨) فصل: ويصح الإيلاء بكل لغة من العجمية وغيرها، ممن يحسن العربية، وممن لا يحسنها؛ لأن اليمين تنعقد بغير العربية، وتجب بها الكفارة. والمولي هو الحالف بالله على ترك وطء زوجته، الممتنع من ذلك بيمينه. فإن آلى بالعجمية من لا يحسنها، وهو لا يدري معناها، لم يكن موليا، وإن نوى موجبها عند أهلها. وكذلك الحكم إذا آلى بالعربية من لا يحسنها؛ لأنه لا يصح منه قصد الإيلاء بلفظ لا يدري معناه. فإن اختلف الزوجان في معرفته بذلك، فالقول قوله إذا كان متكلما بغير لسانه؛ لأن الأصل عدم معرفته بها. فأما إن آلى العربي بالعربية، ثم قال: جرى على لساني من غير قصد. أو قال ذلك العجمي في إيلائه بالعجمية، لم يقبل في الحكم؛ لأنه خلاف الظاهر.

[فصل مدة الإيلاء في حق الأحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة]

(٦١٢٩) فصل: ومدة الإيلاء في حق الأحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة سواء، ولا فرق بين الحرة والأمة، والمسلمة والذمية، والصغيرة والكبيرة، في ظاهر المذهب. وهو قول الشافعي، وابن المنذر. وعن أحمد، رواية أخرى، أن مدة إيلاء العبيد شهران.

وهو اختيار أبي بكر. وقول ءطاء، والزهري، ومالك، وإسحاق؛ لأنهم على النصف في الطلاق، وعدد المنكوحات، فكذلك في مدة الإيلاء. وقال الحسن، والشعبي: إيلاؤه من الأمة شهران، ومن الحرة أربعة. وقال الشعبي: إيلاء الأمة نصف إيلاء الحرة. وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن ذلك تتعلق به البينونة عنده، فاختلف بالرق والحرية كالطلاق، ولأنها مدة يثبت ابتداؤها بقول الزوج، فوجب أن يختلف برق المرأة وحريتها، كمدة العدة. ولنا، عموم الآية، ولأنها مدة ضربت للوطء، فاستوى فيها الرق والحرية، كمدة العنة، ولا نسلم أن البينونة تتعلق بها، ثم يبطل ذلك بمدة العنة، ويخالف مدة العدة؛ لأن العدة مبنية على الكمال، بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد، وأما مدة الإيلاء فإن الاستمتاع بالحرة أكثر، وكان ينبغي أن تتقدم مطالبتها مطالبة." (١)

"ثمنها فاضلا عن حاجته، ووجدها به، لم يجزئه إلا الإعتاق؛ لأن وجود المبدل إذا منع الانتقال إلى البدل، كانت القدرة على ثمنه تمنع الانتقال، كالماء وثمنه، يمنع الانتقال إلى التيمم.

(٦١٩٧) المسألة الثانية: أنه لا يجزئه إلا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار، وسائر الكفارات. هذا ظاهر

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٧/٥٥٢

المذهب. وهو قول الحسن، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبي عبيد. وعن أحمد، رواية ثانية، أنه يجزئ فيما عدا كفارة القتل من الظهار وغيره، عتق رقبة ذمية. وهو قول عطاء، والنخعي، والثوري، وأبي ثور، وأصحاب الرأي، وابن المنذر؛ لأن الله تعالى أطلق الرقبة في هذه الكفارة، فوجب أن يجزئ ما تناوله الإطلاق.

ولنا، ما روى «معاوية بن الحكم، قال: كانت لي جارية، فأتيت النبي - صلى الله عليه وسلم - فقلت: علي رقبة أفأعتقها؟ فقال لها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: أين الله؟ قالت: في السماء. قال: من أنا؟ . قالت: أنت رسول الله. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: أعتقها؛ فإنها مؤمنة» . أخرجه مسلم، والنسائي. فعلل جواز إعتاقها عن الرقبة التي عليه بأنها مؤمنة، فدل على أنه لا يجزئ عن الرقبة التي عليه إلا مؤمنة، ولأنه تكفير بعتق، فلم يجز إلا مؤمنة، ككفارة القتل. والمطلق يحمل على المقيد من جهة القياس إذا وجد المعنى فيه، ولا بد من تقييده، فإنا أجمعنا على أنه لا يجزئ إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضررا بينا، فالتقييد بالسلامة من الكفر أولى.

[مسألة ما يشترط في كفارة الظهار]

(٦١٩٨) المسألة الثالثة: أنه لا يجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب المضرة بالعمل ضررا بينا؛ لأن المقصود تمليك العبد منافعه، ويمكنه من التصرف لنفسه، ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضررا بينا، فلا يجزئ الأعمى؛ لأنه لا يمكنه العمل في أكثر الصنائع، ولا المقعد، ولا المقطوع اليدين أو الرجلين؛ لأن اليدين آلة البطش، فلا يمكنه العمل مع فقدهما، والرجلان آلة المشي، فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلفهما. والشلل كالقطع في هذا. ولا يجزئ المجنون جنونا مطبقا، لأنه وجد فيه المعنيان، ذهاب منفعة الجنس، وحصول الضرر بالعمل. وبهذا كله قال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وحكي عن داود، أنه جوز عتق كل رقبة يقع عليها الاسم، أخذا بإطلاق اللفظ. ولنا أن هذا نوع كفارة، فلم يجزئ ما يقع عليه الاسم كالإطعام؛ فإنه لا يجزئ أن يطعم مسوسا ولا عفنا، وإن كان يسمى طعاما. والآية مقيدة بما ذكرناه.." (١)

"[فصل جنس الطعام وكيفيته ومستحقه في كفارة الظهار]

(٦٢١٢) فصل: وبقي الكلام في الإطعام في أمور ثلاثة: كيفيته، وجنس الطعام، ومستحقه. فأما كيفيته

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢٢/٨

فظاهر المذهب أن الواجب تمليك كل إنسان من المساكين القدر الواجب له من الكفارة، ولو غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه، سواء فعل ذلك بالقدر الواجب، أو أقل، أو أكثر، ولو غدى كل واحد بمد، لم يجزئه، إلا أن يملكه إياه. وهذا مذهب الشافعي وعن أحمد، رواية أخرى، أنه يجزئه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم. وهو قول النخعي، وأبي حنيفة. وأطعم أنس في فدية الصيام. قال أحمد: أطعم شيئا كثيرا، وصنع الجفان. وذكر حديث حماد بن سلمة، عن ثابت، عن أنس، وذلك لقول الله تعالى: ﴿فإطعام ستين مسكينا﴾ [المجادلة: ٤] . وهذا قد أطعمهم، فينبغي أن يجزئه، ولأنه أطعم المساكين، فأجزأه، كما لو ملكهم. ولنا، أن المنقول عن الصحابة إعطاؤهم؛ ففي قول زيد، وابن عباس، وابن عمر، وأبي هريرة، مد لكل فقير.

«وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لكعب في فدية الأذى: أطعم ثلاثة آصع من تمر، بين ستة مساكين» . ولأنه مال وجب للفقراء شرعا، فوجب تمليكهم إياه كالزكاة. فإن قلنا: يجزئ. اشترط أن يغديهم بستين مدا فصاعدا؛ ليكون قد أطعمهم قدر الواجب. وإن قلنا: لا يجزئه أن يغديهم، فقدم إليهم ستين مدا، وقال: هذا بينكم بالسوية. فقبلوه، أجزأ؛ لأنه ملكهم التصرف فيه والانتفاع قبل القسمة. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال أبو عبد الله بن حامد: يجزئه، وإن لم يقل: بالسوية؛ لأن قوله: خذوها عن كفارتي. يقتضي التسوية، لأن ذلك حكمها.

وقال القاضي: إن علم أنه وصل إلى كل واحد قدر حقه أجزأ، وإن لم يعلم لم يجزئه؛ لأن الأصل شغل ذمته، ما لم يعلم وصول الحق إلى مستحقه. ووجه الأول، أنه دفع الحق إلى مستحقه مشاعا، فقبلوه، فبرئ منه، كديون غرمائه.

[فصل التتابع في الإطعام في كفارة الظهار]

(٦٢١٣) فصل: ولا يجب التتابع في الإطعام. نص عليه أحمد، في رواية الأثرم، وقيل له: تكون عليه كفارة يمين، فيطعم اليوم واحدا، وآخر بعد أيام، وآخر بعد حتى يستكمل عشرة؟ فلم ير بذلك بأسا؛ وذلك لأن الله تعالى لم يشترط التتابع فيه. ولو وطئ في أثناء الإطعام، لم تلزمه إعادة ما مضى منه. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك: يستأنف؛ لأنه وطئ في أثناء كفارة الظهار، فوجب الاستئناف، كالصيام. ولنا أنه

وطئ في أثناء ما لا يشترط التتابع فيه، فلم يوجب الاستئناف، كوطء غير المظاهر منها، أو كالوطء في كفارة اليمين، وبهذا فارق الصيام.." (١)

"(٦٢٢٧) فصل: وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها، فلا تجب عليها حتى يطأها وهي مطاوعة، فإن طلقها، أو مات أحدهما قبل وطئها، أو إكراهها على الوطء، فلا كفارة عليها؛ لأنها يمين، فلا تجب كفارتها قبل الحنث فيها، كسائر الأيمان. ولا يجب تقديمها قبل المسيس، ككفارات سائر الأيمان، ويجوز تقديمها لذلك، وعليها تمكين زوجها من وطئها قبل التكفير؛ لأنه حق له عليها، فلا يسقط بيمينها، ولأنه ليس بظهار، وإنما هو تحريم لحلال، فلا يثبت تحريما، كما لو حرم طعامه.

وحكي أن ظاهر كلام أبي بكر، أنها لا تمكنه قبل التكفير، إلحاقا بالرجل. وليس ذلك بجيد؛ لأن الرجل الظهار منه صحيح، ولا يصح ظهار المرأة، ولأن الحل حق الرجل، فملك رفعه، والحل حق عليها، فلا تملك إزالته. والله أعلم.

[مسألة ظاهر من زوجته مرارا]

(٦٢٢٨) مسألة قال: وإذا ظاهر من زوجته مرارا، فلم يكفر، فكفارة واحدة هذا ظاهر المذهب، سواء كان في مجلس أو مجالس، ينوي بذلك التأكيد، أو الاستئناف، أو أطلق. نقله عن أحمد جماعة. واختاره أبو بكر، وابن حامد، والقاضي.

وروي ذلك عن علي – رضي الله عنه –. وبه قال عطاء، وجابر بن زيد، وطاوس، والشعبي، والزهري، ومالك، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور. وهو قول الشافعي القديم ونقل عن أحمد، في من حلف أيمانا كثيرة، فإن أراد تأكيد اليمين، فكفارة واحدة. فمفهومه أنه إن نوى الاستئناف فكفارتان. وبه قال الثوري، والشافعي في الجديد. وقال أصحاب الرأي: إن كان في مجلس واحد، فكفارة واحدة، وإن كان في مجالس، فكفارات. وروي ذلك عن علي، وعمرو بن دينار، وقتادة؛ لأنه قول يوجب تحريم الزوجة، فإذا نوى الاستئناف تعلق بكل مرة حكم حالها، كالطلاق.

ولنا، أنه قول لم يؤثر تحريما في الزوجة، فلم تجب به كفارة الظهار، كاليمين بالله تعالى، ولا يخفى أنه لم يؤثر تحريما، فإنها قد حرمت بالقول الأول، ولم يزد تحريمها، ولأنه لفظ يتعلق به كفارة، فإذا كرره كفاه واحدة، كاليمين بالله تعالى. وأما الطلاق، فما زاد عن ثلاث، لا يثبت له حكم بالإجماع، وبهذا ينتقض

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣٢/٨

ما ذكروه. وأما الثالثة، فإنها تثبت تحريما زائدا، وهو التحريم قبل زوج وإصابة، بخلاف الظهار الثاني، فإنه لا يثبت به تحريم، فنظيره ما زاد على الطلقة الثالثة، لا يثبت له حكم، فكذلك الظهار الثاني. فأما إن كفر عن الأول، ثم ظاهر، لزمته للثاني كفارة، بلا خلاف؛ لأن الظهار الثاني مثل الأول، فإنه حرم الزوجة المحللة، فأوجب الكفارة كالأول، بخلاف ما قبل التكفير.." (١)

"ملعونة، وهذا لا يجوز، كما لا يجوز أن يعلو المسلمة كافر، ويمكن أن يقال على هذا: لو كان هذا الاحتمال مانعا من دوام نكاحهما، لمنعه من نكاح غيرها، فإن هذا الاحتمال متحقق فيه.

ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة والغضب بأحدهما غير معين، فيفضي إلى علو ملعون لغير ملعونة، أو إلى إمساكه لملعونة مغضوب عليها. ويحتمل أن سبب الفرقة النفرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه، فإن الرجل إن كان صادقا، فقد أشاع فاحشتها، وفضحها على رءوس الأشهاد، وأقامها مقام خزي، وحقق عليها اللعنة والغضب، وقطع نسب ولدها، وإن كان كاذبا، فقد أضاف إلى ذلك بهتها وقذفها بهذه الفرية العظيمة، والمرأة إن كانت صادقة، فقد أكذبته على رءوس الأشهاد، وأوجبت عليه لعنة الله، وإن كانت كاذبة، فقد أفسدت فراشه، وخانته في نفسها، وألزمته العار والفضيحة، وأحوجته إلى هذا المقام المخزي، فحصل لكل واحد منهما نفرة من صاحبه، لما حصل إليه من إساءة لا يكاد يلتئم لهما معها حال، فاقتضت حكمة الشارع انحتام الفرقة بينهما، وإزالة الصحبة المتمحضة مفسدة، ولأنه إن كان كاذبا عليها، فلا ينبغي أن يسلط على إمساكها، مع ما صنع من القبيح إليها، وإن كان صادقا، فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها، ولهذا قال العجلاني: كذبت عليها إن أمسكتها.

(٦٢٦٢) المسألة الثانية، أنها تحرم عليه باللعان تحريما مؤبدا، فلا تحل له، وإن أكذب نفسه، في ظاهر المذهب. ولا خلاف بين أهل العلم، في أنه إذا لم يكذب نفسه لا تحل له، إلا أن يكون قولا شاذا، وأما إذا أكذب نفسه، فالذي رواه الجماعة عن أحمد، أنها لا تحل له أيضا. وجاءت الأخبار عن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وابن مسعود – رضي الله عنهم –، أن المتلاعنين لا يجتمعان أبدا. وبه قال الحسن، وعطاء، وجابر بن زيد، والنخعي، والزهري، والحكم، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأبو يوسف. وعن أحمد رواية أخرى: إن أكذب نفسه، حلت له، وعاد فراشه بحاله. وهي رواية شاذة. شذ بها حنبل عن أصحابه. قال أبو بكر: لا نعلم أحدا رواها غيره.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٣/٨

وينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق بينهما الحاكم، فأما مع تفريق الحاكم بينهما، فلا وجه لبقاء النكاح بحاله، وقد ذكرنا أن مذهب البتي، أن اللعان لا يتعلق به فرقة. وعن سعيد بن المسيب: إن أكذب نفسه، فهو خاطب من الخطاب، وبه قال أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن؛ لأن فرقة اللعان عندهما طلاق. وقال سعيد بن جبير: إن أكذب نفسه، ردت إليه ما دامت في العدة. ولنا ما روى سهل بن سعد، قال: مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما، ثم لا يجتمعان أبدا.." (١)

"[فصل أقل مدة الحمل]

(٦٣٣٦) فصل: وأقل مدة الحمل ستة أشهر؛ لما روى الأثرم، بإسناده عن أبي الأسود، أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر، فهم عمر برجمها، فقال له علي: ليس لك ذلك. قال الله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقال تعالى: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرا﴾ [الأحقاف: ١٥] فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرا، لا رجم عليها. فخلى عمر سبيلها، وولدت مرة أخرى لذلك الحد ورواه الأثرم أيضا عن عكرمة أن ابن عباس قال ذلك. قال عاصم الأحول: فقلت لعكرمة إنا بلغنا أن عليا قال هذا. فقال عكرمة لا، ما قال هذا إلا ابن عباس وذكر ابن قتيبة، في " المعارف " أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر. وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وغيرهم.

[مسألة أقصى مدة الحمل أربع سنين]

(٦٣٣٧) مسألة قال: (ولو طلقها، أو مات عنها، فلم تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين، لحقه الولد، وانقضت عدتها به) **ظاهر المذهب** أن أقصى مدة الحمل أربع سنين. وبه قال الشافعي وهو المشهور عن مالك. وروي عن أحمد أن أقصى مدته سنتان. وروي ذلك عن عائشة وهو مذهب الثوري وأبي حنيفة؛ لما روت جميلة بنت سعد، عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل، ولأن التقدير إنما يعلم بتوقيف أو اتفاق، ولا توقيف هاهنا ولا اتفاق، إنما هو على ما ذكرنا، وقد وجد ذلك، فإن الضحاك بن مزاحم، وهرم بن حيان حملت أم كل واحد منهما به سنتين، وقال الليث أقصاه ثلاث سنين. حملت مولاة لعمر بن عبد الله ثلاث سنين.

وقال عباد بن العوام: خمس سنين. وعن الزهري قال: قد تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين. وقال أبو عبيد: ليس لأقصاه وقت يوقف عليه. ولنا أن ما لا نص فيه، يرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد الحمل لأربع

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٨/٦٦

سنين، فروى الوليد بن مسلم قال: قلت لمالك بن أنس: حديث جميلة بنت سعد، عن عائشة: لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل. قال مالك: سبحان الله، من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد. وقال الشافعي بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين.
وقال أحمد نساء بني عجلان يحملن أربع سنين وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون، كل دفعة أربع سنين. وبقي محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن علي في بطن أمه أربع سنين. وهكذا إبراهيم بن نجيح العقيلي، حكى ذلك أبو الخطاب وإذا تقرر." (١)

"تزوجت. وقد ارتبت فيها، وهبت الجواب فيها، لما اختلف الناس فيها، فكأني أحب السلامة. وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله، وتربص أبدا، ويحتمل التورع، ويكون المذهب ما قاله أولا.
قال القاضي: أكثر أصحابنا على أن المذهب رواية واحدة، وعندي أن المسألة على روايتين. وقال أبو بكر: الذي أقول به - إن صح الاختلاف في المسألة - أن لا يحكم بحكم ثان إلا بدليل على الانتقال، وإن ثبت الإجماع، فالحكم فيه على ما نص عليه. و**ظاهر المذهب** على ما حكيناه أولا. نقله عن أحمد الجماعة، وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع، على ما حكيناه من رواية الأثرم. وقال أبو قلابة، والنخعي، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأصحاب الرأي، والشافعي في الجديد: لا تتزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته أو فراقه؛ لما روى المغيرة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «امرأة المفقود امرأته، حتى يأتيها الخبر» .
. وروى الحكم وحماد عن علي: لا تتزوج امرأة المفقود، حتى يأتي موته أو طلاقه. لأنه شك في زوال الزوجية، فلم تثبت به الفرقة، كما لو كان ظاهر غيبته السلامة. ولنا، ما روى الأثرم. والجوزجاني، بإسنادهما عن عبيد بن عمير، قال: فقد رجل في عهد عمر، فجاءت امرأته إلى عمر، فذكرت ذلك له، فقال: انطلقي، فتربصي أربع سنين. ففعلت، ثم أتته، فقال: انطلقي، فاعتدي أربعة أشهر وعشرا. ففعلت، ثم أتته، فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فجاء وليه، فقال: طلقها. ففعل، فقال لها عمر: انطلقي، فتزوجي من شئت. فتزوجت، ثم جاء زوجها الأول، فقال له عمر: أين كنت؟ قال: يا أمير المؤمنين، استهوتني الشياطين، فوالله ما أدري في أي أرض الله، كنت؟ عند قوم يستعبدونني، حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون، فكنت في ما غنموه، فقالوا لي: أنت رجل من الإنس، وهؤلاء من الجن، فما لك وما لهم؟ فأخبرتهم خبري، فقالوا: بأي أرض الله تحب أن تصبح؟ قلت: المدينة هي أرضي. فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة. فخيره عمر؛ إن شاء امرأته،

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٢١/٨

وإن شاء الصداق، فاختار الصداق، وقال: قد حبلت، لا حاجة لي فيها.

قال أحمد: يروى عن عمر، من ثلاثة وجوه، ولم يعرف في الصحابة له مخالف. وروى الجوزجاني وغيره، بإسنادهم عن علي في امرأة المفقود: تعتد أربع سنين، ثم يطلقها ولي زوجها، وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا، فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك، خير بين الصداق وبين امرأته. وقضى به عثمان أيضا، وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم. وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر، فكانت إجماعا.." (١)

"للإرث والإنفاق، والمانع من الإرث لا يمنع من الإنفاق؛ لأنه معسر لا يمكنه الإنفاق، فوجوده بالنسبة إلى الإنفاق كعدمه.

[فصل نفقة ذوي الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب]

(٦٤٩٠) فصل: فأما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب، فإن كانوا من غير عمودي النسب، فلا نفقة عليهم. نص عليه أحمد، فقال: الخالة والعمة لا نفقة عليهما. قال القاضي: لا نفقة لهم رواية واحدة؛ وذلك لأن قرابتهم ضعيفة، وإنما يأخذون ماله عند عدم الوارث، فهم كسائر المسلمين، فإن المال يصرف إليهم إذا لم يكن للميت وارث، وذلك الذي يأخذه بيت المال؛ ولذلك يقدم الرد عليهم. وقال أبو الخطاب: يخرج فيهم رواية أخرى: أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوي الفروض؛ لأنهم وارثون في تلك الحال.

قال ابن أبي موسى: هذا يتوجه على معنى قوله، والأول هو المنصوص عنه. فأما عمود النسب، فذكر القاضي ما يدل على أنه يجب الإنفاق عليهم، سواء كانوا من ذوي الأرحام، كأبي الأم وابن البنت، أو من غيرهم، وسواء كانوا محجوبين أو وارثين. وهذا مذهب الشافعي؛ وذلك لأن قرابتهم قرابة جزئية وبعضية، وتقتضي رد الشهادة، وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل، فأوجبت النفقة على كل حال، كقرابة الأب الأدنى.

[فصل ما يشترط في وجوب نفقة الوالدين والمولودين]

(٦٤٩١) فصل: ولا يشترط في وجوب نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة، ولا نقص الأحكام، في ظاهر المذهب، وظاهر كلام الخرقي؛ فإنه أوجب نفقتهم مطلقا إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم. وقال

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٣٢/٨

القاضي: لا يشترط في الوالدين. وهل يشترط ذلك في الولد؟ فكلام أحمد يقتضي روايتين؛ إحداهما، تلزمه نفقته؛ لأنه فقير. والثانية: إن كان يكتسب فينفق على نفسه، لم تلزم نفقته. وهذا القول يرجع إلى أن الذي لا يقدر على كسب ما يقوم به تلزم نفقته، رواية، واحدة، سواء كان ناقص ال أحكام، كالصغير والمجنون، أو ناقص الخلقة كالزمن، وإنما الروايتان في من لا حرفة له ممن يقدر على الكسب ببدنه.

وقال الشافعي: يشترط نقصانه، إما، من طريق الحكم أو من طريق الخلقة. وقال أبو حنيفة: ينفق على الغلام حتى يبلغ، فإذا بلغ صحيحا، انقطعت نفقته، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تتزوج. ونحوه قال مالك، إلا أنه قال: ينفق على النساء حتى يتزوجن، ويدخل بهن الأزواج، ثم لا نفقة لهن، وإن طلقن، ولو طلقن قبل البناء بهن، فهن على نفقتهن. ولنا، «قول النبي – صلى الله عليه وسلم – لهند: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.» لم يستثن منهم بالغا ولا صحيحا، ولأنه والد أو ولد فقير، فاستحق النفقة على والده أو ولده الغني، كما لو كان زمنا أو مكفوفا، فأما الوالد، فإن أبا حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحيحا إذا لم يكن ذا كسب، وللشافعي في ذلك قولان. ولنا أنه والد محتاج، فأشبه الزمن.." (١)

"وليس له أن يزوجه أمة؛ لأن فيه ضررا عليه، وهو إرقاق ولده، والنقص في استمتاعه.

وإن رضي الأب بذلك لم يجز، لأن الضرر يلحق بغيره، وهو الولد، ولذلك لم يكن للموسر أن يتزوج أمة. وإذا زوجه زوجة أو ملكه أمة، فعليه نفقته ونفقتها. ومتى أيسر الأب، لم يكن للولد استرجاع ما دفعه إليه، ولا عوض ما زوجه به؛ لأنه دفعه إليه في حال وجوبه عليه، فلم يملك استرجاعه، كالزكاة. وإن زوجه أو ملكه أمة فطلق الزوجة أو أعتق الأمة، لم يكن عليه أن يزوجه أو يملكه ثانيا؛ لأنه فوت ذلك على نفسه. وإن ماتتا، فعليه إعفافه ثانيا لأنه لا صنع له في ذلك.

[فصل كل من لزمه إعفافه لزمته نفقة زوجته]

فصل: قال أصحابنا: وعلى الأب إعفاف ابنه إذا كانت عليه، نفقته، وكان محتاجا إلى إعفافه. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: لا يجب ذلك عليه. ولنا، أنه من عمودي نسبه، وتلزمه نفقته، فيلزمه إعفافه عند حاجته إليه، ك أبيه. قال القاضي: وكذلك يجيء في كل من لزمته نفقته؛ من أخ، أو عم، أو غيرهم؛ لأن أحمد قد نص في العبد: يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك، وإلا بيع عليه. وكل من لزمه إعفافه لزمته نفقة زوجته؛ لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا بذلك. وقد روي عن أحمد، أنه لا يلزم الأب نفقة زوجة

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢١٥/٨

الابن. وهذا محمول على أن الابن كان يجد نفقتها.

[مسألة قال الصبي إذا لم يكن له أب أجبر وارثه على نفقته]
(٦٤٩٦) مسألة قال: (وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب، أجبر وارثه على نفقته، على قدر ميراثهم منه) **ظاهر المذهب** أن النفقة تجب على كل وارث لموروثه، إذا اجتمعت الشروط التي تقدم ذكرنا لها. وبه قال الحسن، ومجاهد، والنخعي، وقتادة، والحسن بن صالح، وابن أبي ليلى، وأبو ثور. وحكى ابن المنذر، عن أحمد، في الصبي المرضع لا أب له ولا جد، نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء. وكذلك روى بكر بن محمد، عن أبيه، عن أحمد: النفقة على العصبات. وبه قال الأوزاعي، وإسحاق. وذلك لما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قضى على بني عم منفوس بنفقته. احتج به أحمد.
وقال ابن المنذر: روي عن عمر أنه حبس عصبة ينفقون على صبي الرجال دون النساء. ولأنها مواساة ومعونة تختص القرابة، فاختصت بها العصبات، كالعقل. وقال أصحاب الرأي: تجب النفقة على كل ذي رحم محرم، ولا تجب على غيرهم؛ لقول الله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال: ٧٥] . وقال مالك، والشافعي، وابن المنذر: لا نفقة إلا على المولودين والوالدين؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لرجل سأله: عندي دينار؟ قال: أنفقه على نفسك. قال: عندي آخر؟ قال: أنفقه على ولدك. قال: عندي آخر؟ قال: أنفقه على أهلك.." (١)

"نكاحه، أو واجب أذن في سببه، وإن كان النذر في نكاحه بغير إذنه، فلا نفقة لها؛ لأنها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها بالنذر الذي لم يوجبه الشرع عليها، ولا ندبها إليه وإن كان النذر مطلقا، أو كان صوم كفارة، فصامت بإذنه، فلها النفقة؛ لأنها أدت الواجب بإذنه، فأشبه ما لو صامت المعين في وقته، وإن صامت بغير إذنه، فقال القاضي: لا نفقة لها؛ لأنها يمكنها تأخيره، فإنه على التراخي، وحق الزوج على الفور وإن كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته، فكذلك، وإن كان وقته مضيقا، مثل أن قرب رمضان الآخر، فعليه نفقتها؛ لأنه واجب مضيق بأصل الشرع، أشبه أداء رمضان.

[مسألة طلق الرجل زوجته طلاقا لا يملك فيه الرجعة]
(٦٥٢٦) مسألة: قال: (وإذا طلق الرجل زوجته طلاقا لا يملك فيه الرجعة، فلا سكنى لها، ولا نفقة، إلا

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢١٧/٨

أن تكون حاملا) وجملة الأمر، أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقا بائنا، فإما أن يكون ثلاثا، أو بخلع، أو بانت بفسخ، وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى، بإجماع أهل العلم؛ لقول الله تعالى ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٦] وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس: «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا» ولأن الحمل ولده، فيلزمه الإنفاق عليه، ولا يمكنه النفقة عليه، إلا بالإنفاق عليها، فوجب، كما وجبت أجرة الرضاع وإن كانت حائلا، فلا نفقة لها

وفي السكنى روايتان:؛ إحداهما: لها ذلك وهو قول عمر، وابنه وابن مسعود، وعائشة، وفقهاء المدينة السبعة ومالك، والشافعي؛ للآية، والرواية الثانية، لا سكنى لها، ولا نفقة وهي ظاهر المذهب، وقول علي، وابن عباس، وجابر، وعطاء، وطاوس، والحسن وعكرمة، وميمون بن مهران، وإسحاق، وأبي ثور، وداود وقال أكثر الفقهاء العراقيين: لها السكنى والنفقة وبه قال ابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والثوري، والحسن بن صالح، وأبو حنيفة وأصحابه، والبتي، والعنبري؛ لأن ذلك يروى عن عمر، وابن مسعود ولأنها مطلقة، فوجبت لها النفقة والسكنى، كالرجعية

وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روي عن عمر، أنه قال: لا ندع كتاب ربنا، وسنة نبينا، لقول امرأة وأنكرته عائشة، وسعيد بن المسيب، وتأولوه ولنا، ما روت فاطمة بنت قيس، «أن زوجها طلقها ألبتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير فتسخطته، فقال: والله ما لك علينا من شيء فجاءت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فذكرت ذلك له، فقال: ليس لك عليه نفقة ولا سكنى فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك» متفق عليه وفي لفظ: «فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: انظري يا ابنة قيس إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة، فإذا لم يكن له عليها الرجعة،." (١)

"لأن المنافع حق له، فلا يجوز أن يستأجر منها ما هو أو بعضه حق له، وإن أرضعت الولد، فهل لها أجر المثل؟ على وجهين

وإن كانت مطلقة، فطلبت أجر المثل، فأراد انتزاعه منها ليسلمه إلى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر، لم يكن له ذلك، وإن وجد متبرعة، أو من ترضعه بدون أجر المثل، فله انتزاعه منها، في ظاهر المذهب؛ لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها وقال أبو حنيفة: إن طلبت الأجر، لم يلزم الأب بذلها لها، ولا يسقط حقها من الحضانة، وتأتي المرضعة ترضعه عندها؛ لأنه أمكن الجمع بين الحقين، فلم يجز

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢٣٢/٨

الإخلال بأحدهما ولنا، على الأول، ما تقدم، وعلى جواز الاستئجار، أنه عقد إجارة يجوز من غير الزوج إذا أذن فيه، فجاز مع الزوج، كإجارة نفسها للخياطة أو الخدمة وقولهم: إن المنافع مملوكة له غير صحيح؛ فإنه لو ملك منفعة الحضانة، لملك إجبارها عليها، ولم تجز إجارة نفسها لغيره بإذنه، ول كانت الأجرة له، وإنما امتنع إجارة نفسها لأجنبي بغير إذنه، لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الأوقات؛ ولهذا جازت بإذنه، وإذا استأجرها، فقد أذن لها في إجارة نفسها، فصح، كما يصح من الأجنبي

وأما الدليل على وجوب تقديم الأم، إذا طلبت أجر مثلها، على المتبرعة، فقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقوله سبحانه: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦] ولأن الأم أحنى وأشفق، ولبنها أمرأ من لبن غيرها، فكانت أحق به من غيرها، كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها؛ ولأن في رضاع غيرها تفويتا لحق الأم من الحضانة، وإضرارا بالولد، ولا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب، والإضرار بالولد لغرض إسقاط حق أوجبه الله تعالى على الأب

وقول أبي حنيفة يفضي إلى تفويت حق الولد من لبن أمه، وتفويت [حق] الأم في إرضاعه لبنها، فلم يجز ذلك، كما لو تبرعت برضاعه فأما إن طلبت الأم أكثر من أجر مثلها، ووجد الأب من ترضعه بأجر مثلها، أو متبرعة، جاز انتزاعه منها؛ لأنها أسقطت حقها باشتطاطها، وطلبها ما ليس لها، فدخلت في عموم قوله: ﴿فسترضع له أخرى﴾ [الطلاق: ٦] وإن لم يجد مرضعة إلا بمثل تلك الأجرة، فالأم أحق؛ لأنهما تساوتا في الأجر، فكانت الأم أحق، كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها.

[فصل طلبت ذات الزوج الأجنبي إرضاع ولدها بأجرة مثلها، بإذن زوجها]

(٦٥٦٤) فصل: وإن طلبت ذات الزوج الأجنبي إرضاع ولدها، بأجرة مثلها، بإذن زوجها، ثبت حقها، وكانت أحق." (١)

"ونصف مال أبيه الذي قتله هو، وورثت البنت التي قتل أبوها نصف مال أبيها ونصف مال جدها الذي قتله عمها، ولها على عمها نصف دية قتيله.

[فصل أربعة إخوة قتل الأول الثاني والثالث الرابع]

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢٥١/٨

(٦٦٣٠) فصل: أربعة إخوة، قتل الأول الثاني، والثالث الرابع، فالقصاص على الثالث؛ لأنه لما قتل الرابع، لم يرثه، وورثه الأول وحده، وقد كان للرابع نصف قصاص الأول، فرجع نصف قصاصه إليه، فسقط، ووجب للثالث نصف الدية، وكان للأول قتل الثالث؛ لأنه لم يرث من دم نفسه شيئا، فإن قتله، ورثه في ظاهر المذهب، ويرث ما يرثه عن أخيه الثاني، وإن عفا عنه إلى الدية، وجبت عليه بكمالها يقاصه بنصفها. وإن كان لهما ورثة، كان فيها من التفصيل مثل الذي في التي قبلها.

[مسألة يقتل الولد بكل واحد من الوالدين]

(٦٦٣١) مسألة: قال: (ويقتل الولد بكل واحد منهما) هذا قول عامة أهل العلم؛ منهم مالك، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وحكى أصحابنا عن أحمد، رواية ثانية، أن الابن لا يقتل بأبيه؛ لأنه ممن لا تقبل شهادته له بحق النسب، فلا يقتل به كالأب مع ابنه. والمذهب أنه يقتل به؛ للآيات، والأخبار، وموافقة القياس، ولأن الأب أعظم حرمة وحقا من الأجنبي، فإذا قتل بالأجنبي، فبالأب أولى، ولأنه يحد بقذفه، فيقتل به، كالأجنبي. ولا يصح قياس الابن على الأب؛ لأن حرمة الوالد على الولد آكد، والابن مضاف إلى أبيه فاللام التمليك، بخلاف الوالد مع الولد.

وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -؛ أحدهما: أنه قال: «لا يقاد الأب من ابنه، ولا الابن من أبيه» .

والثاني: أنه «كان يقيد الأب من ابنه، ولا يقيد الابن من أبيه.» رواه الترمذي. وهذان الحديثان؛ الحديث الأول لا نعرفه، ولم نجده في كتب السنن المشهورة، ولا أظن له أصلا، وإن كان له أصل فهما متعارضان متدافعان، يجب اطراحهما، والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة، والإجماع الذي لا تجوز مخالفته.

[مسألة يقتل الجماعة بالواحد]

(٦٦٣٢) مسألة: قال: (ويقتل الجماعة بالواحد) وجملته أن الجماعة إذا قتلوا واحدا، فعلى كل واحد منهم القصاص، إذا كان كل واحد منهم لو انفرد." (١)

"[مسألة كان القول في أسنان دية شبه العمد]

(٦٧٨٢) مسألة: قال: وإن كان القتل شبه عمد فكما وصفت في أسنانها، إلا أنها على العاقلة في ثلاث

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢٨٩/٨

سنين، في كل سنة ثلثها. وجملته أن القول في أسنان دية شبه العمد، كالقول في دية العمد، سواء في اختلاف الروايتين فيها، واختلاف العلماء فيها، وقد سبق الكلام في ذلك، إلا أنها تخالف العمد في أمرين؛ أحدهما أنها على العاقلة، في ظاهر المذهب. وبه قال الشعبي والنخعي، والحكم، والشافعي، والثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ابن سيرين، والزهري، والحارث العكلي وابن شبرمة، وقتادة، وأبو ثور: هي على القاتل في ماله. واختاره أبو بكر عبد العزيز؛ لأنها موجب فعل قصده، فلم تحمله العاقلة، كالعمد المحض، ولأنها دية مغلظة، فأشبهت دية العمد.

وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك؛ لأن شبه العمد عنده من باب العمد. ولنا، ما روى أبو هريرة، قال: اقتتلت امرأتان مِن هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فقضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بدية المرأة على عاقلتها. متفق عليه. ولأنه نوع قتل لا يوجب قصاصا فوجبت ديته على العاقلة، كالخطأ، ويخالف العمد المحض؛ لأنه يغلظ من كل وجه، لقصده الفعل، وإرادته القتل، وعمد الخطأ يغلظ من وجه، وهو قصده الفعل، ويخفف من وجه، وهو كونه لم يرد القتل، فاقتضى تغليظها من وجه وهو الأسنان، وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها.

ولا أعلم في أنها تجب مؤجلة خلافا بين أهل العلم. وروي ذلك عن عمر، وعلي، وابن عباس – رضي الله تعالى عنهم –. وبه قال الشعبي، والنخعي، وقتادة، وأبو هاشم، وعبيد الله بن عمر ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر وقد حكي عن قوم من الخوارج، أنهم قالوا: الدية حالة؛ لأنها بدل متلف. ولم ينقل إلينا ذلك عن من يعد خلافه خلافا. وتخالف الدية سائر المتلفات؛ لأنها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم، وقد روي عن عمر، وعلي أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين. ولا مخالف لهما في عصرهما، فكان إجماعا.

[فصل يجب في آخر كل حول ثلثها الدية]

(٦٧٨٣) فصل: ويجب في آخر كل حول ثلثها، ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: ابتداؤها من حين حكم الحاكم؛ لأنها مدة مختلف فيها، فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم، كمدة العنة.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣٧٥/٨

"هذا ظاهر المذهب. وهو مذهب عمر بن عبد العزيز، وعروة، ومالك، وعمرو بن شعيب. وعن أحمد، أنها ثلث دية المسلم. إلا أنه رجع عنها، فإن صالحا روي عنه، أنه قال: كنت أقول: دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف، وأنا اليوم أذهب إلى نصف دية المسلم، حديث عمرو بن شعيب، وحديث عثمان الذي يرويه الزهري عن سالم عن أبيه. وهذا صريح في الرجوع عنه.

وروي عن عمر وعثمان، أن ديته أربعة آلاف درهم. وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، والحسن، وعكرمة، وعمرو بن دينار، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور؛ لما روى عبادة بن الصامت، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «دية اليهودي والنصراني، أربعة آلاف، أربعة آلاف» .

وروي عن عمر – رضي الله عنه – جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف، ودية المجوسي ثمانمائة درهم. وقال علقمة، ومجاهد، والشعبي، والنخعي، والثوري، وأبو حنيفة: ديته كدية المسلم. وروي ذلك عن عمر، وعثمان، وابن مسعود، ومعاوية – رضي الله عنهم –. وقال ابن عبد البر: هو قول سعيد بن المسيب والزهري؛ لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم.» ولأن الله تعالى ذكر في كتابه دية المسلم، فقال: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] .

وقال في الذمي مثل ذلك، ولم يفرق، فدل على أن ديتهما واحدة، ولأنه ذكر حر معصوم، فتكمل ديته كالمسلم. ولنا، ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «دية المعاهد نصف دية المسلم» . وفي لفظ، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قضى أن عقل الكتابي نصف عقل المسلم» . رواه الإمام أحمد. وفي لفظ: «دية المعاهد نصف دية الحر» . قال الخطابي: ليس في دية أهل الكتاب شيء أثبت من هذا، ولا بأس بإسناده. وقد قال به أحمد، وقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أولى، ولأنه نقص مؤثر في الدية، فأثر في تنصيفها كالأنوثة.

وأما حديث عبادة، فلم يذكره أهل السنن، والظاهر أنه ليس بصحيح. وأما حديث عمر، فإنما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف، فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف، ودليل ذلك ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: كانت قيمة الدية على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ثمانمائة دينار، أو ثمانية آلاف درهم، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف. فهذا بيان وشرح مزيل للإشكال، ففيه جمع للأحاديث، فيكون دليلا لنا، ولو لم يكن كذلك، لكان قول النبي – صلى الله عليه وسلم – مقدما على قول عمر وغيره، بغير إشكال، فقد كان عمر – رضي الله عنه – إذا بلغه عن النبي – صلى الله عليه وسلم – سنة،

ترك قوله، وعمل بها، فكيف، يسوغ لأحد أن يحتج بقوله في ترك قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، فأما ما احتج به الآخرون، فإن الصحيح." (١)

"[فصل دية ضرب أنفه فأشله]

(٦٩١٩) فصل: فإن ضرب أنفه فأشله، ففيه حكومة. وإن قطعه قاطع بعد ذلك، ففيه ديته، كما قلنا في الأذن. وقول الشافعي هاهنا كقوله في الأذن، على ما مضى شرحه وتبيانه. وإن ضربه فعوجه، أو غير لونه، ففيه حكومة. في قولهم جميعا. وفي قطعه بعد ذلك دية كاملة، وإن قطعه إلا جلدة بقي معلقا بها فلم يلتحم، واحتيج إلى قطعه، ففيه دية؛ لأنه قطع جميعه، بعضه بالمباشرة، وباقيه بالتسبب، فأشبه ما لو سرى قطع بعضه إلى قطع جميعه. وإن رده فالتحم، ففيه حكومة؛ لأنه لم يبن. وإن أبانه فرده فالتحم، فقال أبو بكر: ليس فيه إلا حكومة، كالتي قبلها.

وقال القاضي: فيه دية. وهذا مذهب الشافعي لأنه أبان أنفه، فلزمته ديته، كما لو لم يلتحم، ولأن ما أبين قد نجس، فلزمه أن يبينه بعد التحامه. ومن قال بقول أبي بكر، منع نجاسته، ووجوب إبانته؛ لأن أجزاء الآدمي كجملته، بدليل سائر الحيوانات، وجملته طاهرة، وكذلك أجزاؤه.

[فصل دية قطع أنفه فذهب شمه]

(٦٩٢٠) فصل: وإن قطع أنفه، فذهب شمه، فعليه ديتان؛ لأن الشم في غير الأنف، فلا تدخل دية أحدهما في الآخر، كالسمع مع الأذن والبصر مع أجفان العينين، والنطق مع الشفتين. وإن قطع أنف الأخشم، وجبت ديته؛ لأن ذلك عيب في غير الأنف فأشبه ما ذكرنا.

[مسألة دية الشفتين]

(٦٩٢١) مسألة: قال: (وفي الشفتين الدية) لا خلاف بين أهل العلم، أن في الشفتين الدية، وفي كتاب عمرو بن حزم الذي كتبه له رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «وفي الشفتين الدية» . ولأنهما عضوان ليس في البدن مثلهما، فيهما جمال ظاهر، ومنفعة كاملة، فإنهما طبق على الفم يقيانه ما يؤذيه، ويستران الأسنان، وتردان الريق، وينفخ بهما، ويتم بهما الكلام، فإن فيهما بعض مخارج الحروف، فتجب فيهما الدية، كاليدين والرجلين. و**ظاهر المذهب** أن في كل واحدة منهما نصف الدية.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٨/٣٩٩

وروي هذا عن أبي بكر وعلي – رضي الله عنهما – وإليه ذهب أكثر الفقهاء. وروي عن أحمد، – رحمه الله –، رواية أخرى، أن في العليا ثلث الدية، وفي السفلى الثلثين؛ لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت. وبه قال سعيد بن المسيب، والزهري. ولأن المنفعة بها أعظم، لأنها التي تدور، وتتحرك، وتحفظ الريق والطعام، والعليا ساكنة لا حركة فيها.

ولنا، قول أبي بكر وعلي، – رضي الله عنهما –، ولأن كل شيئين وجبت فيهما الدية، وجب في أحدهما نصفها، كسائر الأعضاء، ولأن كل ذي عدد وجبت فيه الدية سوي بين جميعه فيها، كالأصابع والأسنان، ولا اعتبار بزيادة النفع، بدليل ما ذكرنا من الأصل." (١)

"وإن كان فيما جنى عليه شيء موقت في الحر، فهو موقت في العبد من قيمته، ففي يده نصف قيمته، وفي موضحته نصف عشر قيمته، نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر، وهكذا الأمة) وجملته أن الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته؛ لأن الواجب إنما وجب جبرا لما فات بالجناية، ولا ينجبر إلا بإيجاب ما نقص من القيمة، فيجب ذلك، كما لو كانت الجناية على غيره من الحيوانات وسائر المال، ولا يجب زيادة على ذلك؛ لأن حق المجني عليه قد انجبر، فلا يجب له زيادة على ما فوته الجاني عليه. هذا هو الأصل، ولا نعلم فيه خلافا فيما ليس فيه مقدر شرعي.

فإن كان الفائت بالجناية موقتا في الحر، كيده، وموضحته، ففيه عن أحمد روايتان؛ إحداهما، أن فيه أيضا ما نقصه، بالغا ما بلغ. وذكر أبو الخطاب أن هذا اختيار الخلال. وروى الميموني عن أحمد، أنه قال: إنما يأخذ قيمة ما نقص منه على قول ابن عباس. وروي هذا عن مالك، فيما عدا موضحته، ومنقلته، وهاشمته، وجائفته؛ لأن ضمانه ضمان الأموال، فيجب فيه ما نقص كالبهائم، ولأن ما ضمن بالقيمة بالغا ما بلغ، ضمن بعضه بما نقص، كسائر الأموال، ولأن مقتضى الدليل ضمان الفائت بما نقص، خالفناه فيما وقت في الحر، كما خالفناه في ضمان بقيته بالدية المؤقتة، ففي العبد يبقى فيهما على مقتضى الدليل، وظاهر المذهب أن ما كان موقتا في الحر، فهو موقت في العبد؛ ففي يده، أو عينه، أو أذنه، أو شفته، نصف قيمته، وفي موضحته نصف عشر قيمته، وما أوجب الدية في الحر، كالأنف، واللسان، واليدين، والرجلين، والعينين، والأذنين، أوجب قيمة العبد، مع بقاء ملك السيد عليه. روي هذا عن علي – رضي الله عنه –.

وروي نحوه عن سعيد بن المسيب. وبه قال ابن سيرين؛ وعمر بن عبد العزيز، والشافعي، والثوري. وبه قال

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٤٦/٨

أبو حنيفة. قال أحمد: هذا قول سعيد بن المسيب. وقال آخرون: ما أصيب به العبد فهو على ما نقص من قيمته. والظاهر أن هذا لو كان قول علي لما احتج أحمد فيه إلا به دون غيره. إلا أن أبا حنيفة والثوري قالا: ما أوجب الدية من الحر، يتخير سيد العبد فيه، بين أن يغرمه قيمته، ويصير ملكا للجاني وبين أن لا يضمنه شيئا، لئلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل لرجل واحد، وروي عن إياس بن معاوية، في من قطع يد عبد عمدا، أو فقأ عينه، هو له، وعليه ثمنه.

ووجه هذه الرواية، قول علي - رضي الله عنه - ولم نعرف له في الصحابة مخالفا، ولأنه آدمي يضمن بالقصاص والكفارة، فكان في أطرافه مقدر كالحر، ولأن أطرافه فيها مقدر من الحر، فكان فيها مقدر من العبد، كالشجاج الأربع عند مالك، وما وجب في شجاجه مقدر، وجب في أطرافه مقدر كالحر. وعلى أبي حنيفة، قول علي، ولأن." (١)

"ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «يقسم خمسون منكم على رجل منهم، فيدفع إليكم برمته» . وفي رواية مسلم: فيسلم إليكم. وفي لفظ: «وتستحقون دم صاحبكم» وأراد دم القاتل؛ لأن دم القتيل ثابت لهم قبل اليمين. والرمة: الحبل الذي يربط به من عليه القود. ولأنها حجة يثبت بها العمد، فيجب بها القود، كالبينة. وقد روى الأثرم، بإسناده عن عامر الأحول، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أقاد بالقسامة الطائفة» . وهذا نص. ولأن الشارع جعل القول قول المدعي مع يمينه، احتياطا للدم، فإن لم يجب القود، سقط هذا المعنى.

[مسألة لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرئ]

(٧٠٢٤) مسألة: قال: فإن لم يحلف المدعون، حلف المدعى عليه خمسين يمينا، وبرئ هذا ظاهر المذهب. وبه قال يحيى بن سعيد الأنصاري، وربيعة، وأبو الزناد، ومالك، والليث، والشافعي، وأبو ثور. وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد، أنهم يحلفون، ويغرمون الدية؛ لقضية عمر، وخبر سليمان بن يسار. وهو قول أصحاب الرأي.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم» . أي يتبرءون منكم. وفي لفظ قال: «فيحلفون خمسين يمينا، ويبرءون من دمه» . وقد ثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يغرم اليهود، وأنه أداها من عنده، ولأنها أيمان مشروعة في حق المدعى عليه، فيبرأ بها، كسائر الأيمان،

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٨/٤٨٥

ولأن ذلك إعطاء بمجرد الدعوى، فلم يجز للخبر، ومخالفة مقتضى الدليل؛ فإن قول الإنسان لا يقبل على غيره بمجرده، كدعوى المال، وسائر الحقوق؛ ولأن في ذلك جمعا بين اليمين والغرم، فلم يشرع، كسائر الحقوق.

[مسألة لم يحلف المدعون ولم يرضوا بيمين المدعى عليه]

(٧٠٢٥) مسألة؛ قال: فإن لم يحلف المدعون، ولم يرضوا بيمين المدعى عليه، فداه الإمام من بيت المال يعني أدى ديته؛ لقضية «عبد الله بن سهل حين قتل بخيبر، فأبى الأنصار أن يحلفوا؛ وقالوا: كيف نقبل أيمان قوم كفار؟ فوداه النبي - صلى الله عليه وسلم - من عنده. كراهية أن يطل دمه» . فإن تعذر فداؤه من بيت المال، لم يجب على المدعى عليهم شيء؛ لأن الذي يوجبه عليهم اليمين، وقد امتنع مستحقوها من استيفائها، فلم يجب لهم غيرها، كدعوى المال.." (١)

"إحداهما: لا يستوفى من الملتجئ إلى الحرم فيه. والثانية: يستوفى. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأن المروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - النهي عن القتل بقوله - عليه السلام -: «فلا يسفك فيها دم.» وحرمة النفس أعظم، فلا يقاس غيرها عليها؛ ولأن الحد بالجلد جرى مجرى التأديب، فلم يمنع منه، كتأديب السيد عبده. والأولى ظاهر كلام الخرقي، وهي ظاهر المذهب، قال أبو بكر: هذه مسألة وجدتها مفردة لحنبل عن عمه، أن الحدود كلها تقام في الحرم، إلا القتل. والعمل على أن كل جان دخل الحرم، لم يقم عليه حد جنايته حتى يخرج منه. وإن هتك حرمة الحرم بالجناية فيه، هتكت حرمته بإقامة الحد عليه فيه.

وقال مالك، والشافعي، وابن المنذر: يستوفى منه فيه؛ لعموم الأمر بجلد الزاني، وقطع السارق، واستيفاء القصاص من غير تخصيص بمكان دون مكان، وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «الحرم لا يعيذ عاصيا، ولا فارا بخربة ولا دم» «. وقد أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بقتل ابن حنظل وهو متعلق بأستار الكعبة» . حديث حسن صحيح. ولأنه حيوان أبيح دمه لعصيانه، فأشبه الكلب العقور.

ولنا قول الله تعالى: ﴿ومن دخله كان آمنا﴾ [آل عمران: ٩٧] . يعني الحرم، بدليل قوله: ﴿فيه آيات بينات مقام إبراهيم﴾ [آل عمران: ٩٧] . والخبر أريد به الأمر؛ لأنه لو أريد به الخبر، لأفضى إلى وقوع

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٨/٥٠٠

الخبر خلاف المخبر. وقال النبي – صلى الله عليه وسلم – «إن الله حرم مكة ولم يحرمها الناس، فلا يحل لامرئ مسلم يؤمن بالله واليوم الآخر، أن يسفك فيها دما، ولا يعضد بها شجرة، فإن أحد ترخص لقتال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقولوا: إن الله أذن لرسوله، ولم يأذن لكم. وإنما أذن لي ساعة من نهار، وقد عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالأمس، فليبلغ الشاهد الغائب» وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إن الله حرم مكة يوم خلق السماوات والأرض، وإنما أحلت لي ساعة من نهار، ثم عادت إلى حرمتها، فلا يسفك فيها دم» . متفق عليهما.

فالحجة فيه من وجهين؛." (١)

"الأولى: إذا قتل وأخذ المال، فإنه يقتل ويصلب، في ظاهر المذهب، وقتله متحتم لا يدخله عفو. أجمع على هذا كل أهل العلم. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم. روي ذلك عن عمر. وبه قال سليمان بن موسى، والزهري، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. ولأنه حد من حدود الله تعالى، فلم يسقط بالعفو، كسائر الحدود. وهل يعتبر التكافؤ بين القاتل والمقتول؟ فيه روايتان؛ إحداهما: لا يعتبر، بل يؤخذ الحر بالعبد، والمسلم بالذمي، والأب بالابن؛ لأن هذا القتل حد لله تعالى، فلا تعتبر فيه المكافأة، كالزنا والسرقة.

والثانية: تعتبر المكافأة؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا يقتل مسلم بكافر» . والحد فيه انحتامه؛ بدليل أنه لو تاب قبل القدرة عليه، سقط الانحتام، ولم يسقط القصاص. فعلى هذه الرواية، إذا قتل المسلم ذميا، أو الحر عبدا، أو أخذ ماله، قطعت يده ورجله من خلاف، لأخذه المال، وغرم دية الذمي وقيمة العبد، وإن قتله ولم يأخذ مالا غرم ديته ونفي. وذكر القاضي أنه إنما يتحتم قتله إذا قتله ليأخذ المال، وإن قتله لغير ذلك، مثل أن يقصد قتله لعداوة بينهما، فالواجب قصاص غير متحتم، وإذا قتل صلب؛ لقول الله تعالى: ﴿أو يصلبوا﴾ [المائدة: ٣٣] . والكلام فيه في ثلاثة أمور؛ أحدها: في وقته، ووقته بعد القتل. وبهذا قال الشافعي. وقال الأوزاعي، ومالك، والليث، وأبو حنيفة، وأبو يوسف: يصلب حيا، ثم يقتل مصلوبا، يطعن بالحربة؛ لأن الصلب عقوبة، وإنما يعاقب الحي لا الميت؛ ولأنه جزاء على المحاربة، فيشرع في الحياة كسائر الأجزية؛ ولأن الصلب بعد قتله يمنع تكفينه ودفنه، فلا يجوز.

ولنا أن الله تعالى قدم القتل على الصلب لفظا، والترتيب بينهما ثابت بغير خلاف، فيجب تقديم." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٠١/٩

(٢) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٤٧/٩

"[مسألة يقاتل أهل الكتاب والمجوس حتى يسلموا أو يعطوا الجزية]

(٧٤٣٧) مسألة ويقاتل أهل الكتاب والمجوس حتى يسلموا أو يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون، ويقاتل من سواهم من الكفار حتى يسلموا.

وجملته أن الكفار ثلاثة أقسام؛ قسم أهل كتاب، وهم اليهود والنصارى، ومن اتخذ التوراة والإنجيل كتابا، كالسامرة والفرنج ونحوهم، فهؤلاء تقبل منهم الجزية، ويقرون على دينهم إذا بذلوها؛ لقول الله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩] وقسم لهم شبهة كتاب، وهم المجوس فحكمهم حكم أهل الكتاب، في قبول الجزية منهم، وإقرارهم بها؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» .

ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في هذين القسمين. وقسم لا كتاب لهم، ولا شبهة كتاب، وهم من عدا هذين القسمين، من عبدة الأوثان، ومن عبد ما استحسن، وسائر الكفار، فلا تقبل منهم الجزية، ولا يقبل منهم سوى الإسلام. هذا **ظاهر المذهب** وهو مذهب الشافعي. وروي عن أحمد أن الجزية تقبل من جميع الكفار، إلا عبدة الأوثان من العرب.

وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنهم يقرون على دينهم بالاسترقاق، فيقرون ببذل الجزية، كالمجوس. وحكي عن مالك، أنها تقبل من جميع الكفار، إلا كفار قريش؛ لحديث بريدة الذي في المسألة قبل هذه، وهو عام، ولأنهم كفار، فأشبهوا المجوس. ولنا، عموم قوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين﴾ [التوبة: ٥] .

وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله» . خص منهما أهل الكتاب بقوله تعالى: ﴿من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩] . والمجوس بقوله: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» . فمن عداهما يبقى على مقتضى العموم، ولأن الصحابة - رضي الله عنهم -، توقفوا في أخذ الجزية من." (١)

"ولنا عموم الآية والخبر.

قال عبد الله: سألت أبي عن كلب الماء، فقال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن ابن جريج، عن عمرو بن دينار، وأبي الزبير، سمعا شريحا - رجل أدرك النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول: «كل شيء في البحر فهو مذبوح» . قال: فذكرت ذلك لعطاء، فقال: أما الطير فنذبحه.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢١٢/٩

وقال أبو عبد الله: كلب الماء نذبحه.

(٧٨٣١) فصل: قيل لأبي عبد الله: يكره الجري؟ قال: لا والله، وكيف لنا بالجري؟ ورخص فيه علي والحسن ومالك والشافعي وأبو ثور، وأصحاب الرأي، وسائر أهل العلم. وقال ابن عباس الجري لا تأكله اليهود. ووافقهم الرافضة، ومخالفتهم صواب.

[فصل حكم أكل السمكة توجد في بطن سمكة أخرى]

(٧٨٣٢) فصل: وعن أحمد في السمكة توجد في بطن سمكة أخرى، أو حوصلة طائر، أو يوجد في حوصلته جراد، فقال في موضع: كل شيء أكل مرة لا يؤكل. وقال في موضع: الطافي أشد من هذا، وقد رخص فيه أبو بكر - رضي الله عنه -. وهذا هو الصحيح. .

وهو مذهب الشافعي فيما في بطن السمكة، دون ما في حوصلة الطائر؛ لأنه كالرجيع، ورجيع الطائر عنده نجس. ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أحلت لنا ميتتان ودمان» . ولأنه حيوان طاهر في محل طاهر، لا تعتبر له ذكاة، فأبيح، كالطافي في السمك. وهكذا يخرج في الشعير يوجد في بعر الجمل، أو خثي الجواميس، ونحوها.

[مسألة وقعت النجاسة في مائع]

(٧٨٣٣) مسألة؛ قال: (وإذا وقعت النجاسة في مائع، كالدهن وما أشبهه، نجس، واستصبح به إن أحب، ولم يحل أكله ولا ثمنه) ظاهر هذا أن النجاسة إذا وقعت في مائع غير الماء، نجسته وإن كثر. وهذا ظاهر المذهب. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه لا ينجس إذا كثر.

قال حرب: سألت أحمد عن كلب ولغ في سمن أو زيت؟ قال: إذا كان في آنية كبيرة، مثل حب أو نحوه، رجوت أن لا يكون به بأس، يؤكل، وإذا كان في آنية صغيرة،." (١)

"يعني فلا كفارة عليه في الحنث. وقد روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم، ولا في معصية الله - تعالى ولا في قطيعة رحم، ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها، فليدعها، وليأت الذي هو خير، فإن تركها كفارة» . رواه أبو داود. ولأن الكفارة إنما تجب لرفع الإثم، ولا إثم في الطاعة. ولأن اليمين كالنذر، ولا

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قد ا مة المقدسي ٤٢٦/٩

نذر في معصية الله - تعالى.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من حلف على يمين، فرأى غيرها خيرا منها، فليأت الذي هو خير، وليكفر عن يمينه. وقال: إني والله، إن شاء الله، لا أحلف على يمين، فأرى غيرها خيرا منها، إلا أتيت الذي هو خير، وكفرت عن يميني» . أخرجه البخاري. وحديثهم لا يعارض حديثنا؛ لأن حديثنا أصح منه وأثبت.

ثم إنه يحتمل أن تركها كفارة لإثم الحلف، والكفارة المختلف فيها كفارة المخالفة. وقولهم: إن الحنث طاعة. قلنا: فاليمين غير طاعة، فتلزمه الكفارة؛ للمخالفة، ولتعظيم اسم الله - تعالى - إذا حلف به ولم يبر يمينه. إذا ثبت هذا، نظرنا في يمينه، فإن كانت على ترك شيء ففعله، حنث، ووجبت الكفارة. وإن كانت على فعل شيء فلم يفعله، وكانت يمينه مؤقتة بلفظه، أو نيته، أو قرينة حاله، ففات الوقت، حنث، وكفر. وإن كانت مطلقة، لم يحنث إلا بفوات وقت الإمكان؛ لأنه ما دام في الوقت والفعل ممكن، فيحتمل أن يفعل فلا يحنث؛ ولهذا «قال عمر للنبي - صلى الله عليه وسلم -: ألم تخبرنا أنا نأتي البيت، ونطوف به؟ قال: فأخبرتك أنك تأتيه العام؟ قال: لا. قال: فإنك آتيه ومطوف به» . وقد قال الله - تعالى: ﴿قل بلى وربي لتبعثن﴾ [التغابن: ٧] . وهو حق، ولم يأت بعد.

[مسألة حلف على شيء ففعله ناسيا]

(٧٩٤٧) مسألة؛ قال: (وإن فعله ناسيا، فلا شيء عليه إذا كانت اليمين بغير الطلاق والعتاق) وجملة ذلك أن من حلف أن لا يفعل شيئا، ففعله ناسيا. فلا كفارة عليه. نقله عن أحمد الجماعة، إلا في الطلاق والعتاق، فإنه يحنث. هذا ظاهر المذهب. واختاره الخلال وصاحبه. وهو قول أبي عبيد. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه لا يحنث في الطلاق والعتاق أيضا، وهذا قول عطاء، وعمرو بن دينار، وابن أبي نجيح، وإسحاق، قالوا: لا حنث على الناسي في طلاق ولا غيره.

وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لقوله تعالى: ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾ [الأحزاب: ٥] .." (١)

"غير قاصد للمخالفة، فلم يحنث، كالنائم والمجنون. ولأنه أحد طرفي اليمين فاعتبر فيه القصد، كحالة الابتداء بها. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه يحنث في الجميع، وتلزمه الكفارة في اليمين المكفرة.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٩/٤٩٤

وهو قول سعيد بن جبير، ومجاهد، والزهري، وقتادة، وربيعة، ومالك، وأصحاب الرأي، والقول الثاني للشافعي؛ لأنه فعل ما حلف عليه قاصدا لفعله، فلزمه الحنث، كالذاكر، وكما لو كانت اليمين بالطلاق والعتاق.

ولنا، على أن الكفارة لا تجب في اليمين المكفرة، ما تقدم، ولأنها تجب لرفع الإثم، ولا إثم على الناسي. وأما الطلاق والعتاق، فهو معلق بشرط، فيقع بوجود شرطه من غير قصد كما لو قال: أنت طالق، إن طلعت الشمس، أو قدم الحاج.

[فصل فعله غير عالم بالمحلوف عليه الحلف]

(٧٩٤٨) فصل: وإن فعله غير عالم بالمحلوف عليه، كرجل حلف لا يكلم فلانا، فسلم عليه يحسبه أجنبيا، أو حلف إنه لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه، فأعطاه قدر حقه، ففارقه ظنا منه أنه قد بر، فوجد ما أخذه رديئا، أو حلف: لا بعت لزيد ثوبا. فوكل زيد من يدفعه إلى من يبيعه، فدفعه إلى الحالف، فباعه من غير علمه، فهو كالناسي؛ لأنه غير قاصد للمخالفة، أشبه الناسي.

[فصل المكره على الفعل]

(٧٩٤٩) فصل: والمكره على الفعل ينقسم قسمين؛ أحدهما: أن يلجأ إليه، مثل من يحلف لا يدخل دارا، فحمل فأدخلها. أو لا يخرج منها، فأخرج محمولا، أو مدفوعا بغير اختياره، ولم يمكنه الامتناع. فهذا لا يحنث في قول أكثرهم. وبه قال أصحاب الرأي. وقال مالك: إن دخل مربوطا، لم يحنث. وذلك لأنه لم يفعل الدخول والخروج، فلم يحنث، كما لو لم يوجد ذلك.

الثاني أن يكره بالضرب والتهديد بالقتل ونحوه، فقال أبو الخطاب: فيه روايتان، كالناسي. وللشافعي قولان. وقال مالك، وأبو حنيفة: يحنث؛ لأن الكفارة لا تسقط بالشبهة، فوجب مع الإكراه والنسيان، ككفارة الصيد.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «عفي لأمتي عن الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه» . ولأنه نوع إكراه، فلم يحنث به، كما لو حمل ولم يمكنه الامتناع، ولأن الفعل لا ينسب إليه، فأشبه من لم يفعله، ولا نسلم الكفارة في الصيد، بل إنما تجب على المكره. والله أعلم.

[مسألة حلف على شيء وهو يعلم أنه كاذب]

(٧٩٥٠) مسألة؛ قال: (ومن حلف على شيء، وهو يعلم أنه كاذب، فلا كفارة عليه؛ لأن الذي أتى به أعظم من أن تكون فيه الكفارة) . هذا ظاهر المذهب، نقله الجماعة عن أحمد. وهو قول أكثر أهل العلم، منهم؛ ابن مسعود، وسعيد بن المسيب، والحسن، ومالك، والأوزاعي، والثوري، والليث، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأصحاب الحديث، وأصحاب الرأي من أهل الكوفة. وهذه اليمين تسمى يمين الغموس؛ لأنها تغمس صاحبها في الإثم.

قال ابن مسعود: كنا نعد من اليمين التي لا كفارة لها، اليمين الغموس. وعن سعيد بن المسيب، قال: هي من الكبائر، وهي أعظم من أن تكفر. وروي عن أحمد، أن فيها الكفارة. وروي ذلك عن عطاء، والزهري، والحكم، والبتي. وهو قول الشافعي؛ لأنه وجدت منه اليمين بالله تعالى، والمخالفة مع القصد، فلزمته الكفارة، كالمستقبلة.

ولنا، أنها يمين غير منعقدة، فلا توجب الكفارة، كاللغو، أو يمين على ماض، فأشبهت اللغو، وبيان كونها غير منعقدة، أنها لا توجب برا، ولا يمكن فيها؛ ولأنه قارنها ما ينافيها، وهو الحنث، فلم تنعقد، كالنكاح الذي قارنه الرضاع، ولأن الكفارة لا ترفع إثمها، فلا تشرع فيها، ودليل ذلك أنها كبيرة، فإنه يروى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من الكبائر الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، واليمين الغموس» . رواه البخاري، وروي فيه: «خمس من الكبائر لا كفارة لهن؛ الإشراك بالله، والفرار من الزحف، وبهت المؤمن، وقتل المسلم بغير حق، والحلف على يمين فاجرة يقتطع بها مال امرئ مسلم» . ولا يصح القياس على المستقبلة؛ لأنها يمين منعقدة، يمكن حلها والبر فيها، وهذه غير منعقدة، فلا حل لها.

وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فليكفر عن يمينه، وليأت الذي هو خير» . يدل على أن الكفارة إنما تجب بالحلف على فعل يفعله فيما يستقبله. قاله ابن المنذر.

[مسألة الكفارة إنما تلزم من حلف يريد عقد اليمين]

(٧٩٥١) مسألة؛ قال: (والكفارة إنما تلزم من حلف يريد عقد اليمين) وجملته أن اليمين التي تمر على لسانه في عرض حديثه، من غير قصد إليها، لا كفارة فيها، في قول أكثر أهل العلم؛ لأنها من لغو اليمين. نقل عبد الله، عن أبيه، أنه قال: اللغو عندي أن يحلف على اليمين، يرى أنها كذلك، والرجل يحلف فلا يعقد قلبه على شيء.

ومن قال: إن اللغو اليمين التي لا يعقد عليها قلبه؛ عمر، وعائشة – رضي الله عنهما –. وبه قال عطاء، والقاسم، وعكرمة، والشعبي، والشافعي؛ لما روي عن عطاء، قال: قالت عائشة: إن." [(١)]

"أحدها، أن تكون مؤمنة. في ظاهر المذهب. وهو قول مالك، والشافعي، وأبي عبيد.

وعن أحمد، رواية أخرى، أن الذمية تجزئ. وهو قول عطاء، وأبي ثور، وأصحاب الرأي؛ لقول الله – تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] وهذا مطلق، فتدخل فيه الكافرة. ولنا، أنه تحرير في كفارة، فلا يجزئ فيه الكافرة، ككفارة القتل، والجامع بينهما، أن الإعتاق يتضمن تفريغ العبد المسلم لعبادة ربه، وتكميل أحكامه وعبادته وجهاده، ومعونة المسلم، فناسب ذلك شرع إعتاقه في الكفارة، تحصيلا لهذه المصالح، والحكم مقرون بها في كفارة القتل المنصوص على الإيمان فيها، فيعلل بها، ويتعدى ذلك الحكم إلى كل تحرير في كفارة، فيختص بالمؤمنة، لاختصاصها بهذه الحكمة.

وأما المطلق الذي احتجوا به، فإنه يحمل على المقيد في كفارة القتل، كما حمل مطلق قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] . على المقيد في قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] . وإن لم يحمل عليه من جهة اللغة، حمل عليه من جهة القياس. الثاني، أن تكون قد صلت وصامت. وهذا قول الشعبي، ومالك، وإسحاق. قال القاضي: لا يجزئ من له دون السبع؛ لأنه لا تصح منه العبادات، في ظاهر كلام أحمد. وظاهر كلام الخرقي، المعتبر الفعل دون السن، فمن صلى وصام ممن له عقل يعرف الصلاة والصيام، ويتحقق منه الإتيان به بنيته وأركانه، فإنه يجزئ في الكفارة وإن كان صغيرا ولم يوجدا منه، لم يجزئ في الكفارة وإن كان كبيرا. وقال أبو بكر، وغيره من أصحابنا: يجوز إعتاق الطفل في الكفارة.

وهو قول الحسن، وعطاء، والزهري، والشافعي، وابن المنذر؛ لأن المراد بالإيمان هاهنا الإسلام؛ بدليل إعتاق الفاسق. قال الثوري المسلمون كلهم مؤمنون عندنا في الأحكام، ولا ندري ما هم عند الله. ولهذا تعلق حكم القتل بكل مسلم، بقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ﴾ [النساء: ٩٢] . والصبي محكوم بإسلامه، يرثه المسلمون ويرثهم، ويدفن في مقابر المسلمين، ويغسل ويصلى عليه، وإن سبي منفردا عن أبويه أجزأه عتقه؛ لأنه محكوم بإسلامه، وكذلك إن سبي مع أحد أبويه، ولو كان أحد أبوي الطفل مسلما، والآخر كافرا، أجزأ إعتاقه؛ لأنه محكوم بإسلامه.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٩٦/٩

وقال القاضي، في موضع: يجزئ إعتاق الصغير في جميع الكفارات، إلا كفارة القتل؛ فإنها على روايتين. وقال إبراهيم النخعي ما كان في القرآن من رقبة مؤمنة، فلا يجزئ إلا ما صام وصلى، وما كان." (١)

"[فصل قال: إن ملكت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي العتق عن كفارته]

(٨٠٤٣) فصل: وإن قال: إن ملكت فلانا، فهو حر. وقلنا: يصح هذا التعليق. فاشتراه ينوي العتق عن كفارته، عتق، ولم يجزئه عن الكفارة، ويخرج فيه من الخلاف مثل ما في شراء قريبه. والله أعلم.

[مسألة ولا تجزئ في الكفارة أم ولد]

(٨٠٤٤) مسألة؛ قال: (ولا تجزئ في الكفارة أم ولد) هذا ظاهر المذهب. وبه قال الأوزاعي، ومالك، والشافعي، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي. وعن أحمد، رواية أخرى، أنها تجزئ. ويروى ذلك عن الحسن، وطاوس، والنخعي، وعثمان البتي؛ لقول الله – تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾ [النساء: ٩٢] . ومعتقها قد حررها. ولنا، أن عتقها يستحق بسبب آخر، فلم يجزئ عنه، كما لو اشترى قريبه، أو عبدا بشرط العتق فأعتقه، وكما لو قال لعبده: أنت حر إن أدخلت الدار. ثم نوى عتقه عن كفارته عند دخوله. والآية مخصوصة بما ذكرناه، فنقيس عليه ما اختلفنا فيه. (٨٠٤٥) فصل: ولد أم الولد الذي ولدته بعد كونها أم ولد، حكمه حكمها فيما ذكرناه؛ لأن حكمه حكمها في العتق بموت سيدها.

[مسألة المكاتب عبد يجوز بيعه فأجزأ عتقه كالمدبر في كفارة اليمين]

(٨٠٤٦) مسألة؛ قال: (ولا مكاتب قد أدى من كتابته شيئا) روي عن أحمد، – رحمه الله –، في المكاتب ثلاث روايات؛ إحداهن، يجزئ مطلقا. اختاره أبو بكر. وهو مذهب أبي ثور؛ لأن المكاتب عبد يجوز بيعه، فأجزأ عتقه، كالمدبر، ولأنه رقبة، فدخل في مطلق قوله سبحانه: ﴿فتحرير رقبة﴾ [النساء: ٩٢] . والثانية، لا يجزئ مطلقا. وهو قول مالك، والشافعي، وأبي عبيد؛ لأن عتقه مستحق بسبب آخر، ولهذا لا يملك إبطال كتابته، فأشبه أم الولد. والثالثة، إن أدى من كتابته شيئا لم يجزئه، وإلا أجزأه.

وبهذا قال الليث، والأوزاعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. قال القاضي: هو الصحيح؛ لأنه إذا أدى شيئا فقد حصل العوض عن بعضه، فلم يجزئ." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٩/٥٤٧

(٢) ا لمغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٩/٥٥٢

"النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «ولد الزنى شر الثلاثة» . قال أبو هريرة: لأن أمتع بسوط في سبيل الله، أحب إلي من أن أعتق ولد زنية. رواه أبو داود.

ولنا، دخوله في مطلق قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾ [النساء: ٩٢] . ولأنه مملوك مسلم كامل العمل، لم يعتض عن شيء منه، ولا استحق عتقه بسبب آخر، فأجزأ عتقه، كولد الرشيدة. فأما الأحاديث الواردة في ذمه، فاختلف أهل العلم في تفسيرها؛ فقال الطحاوي: ولد الزنى هو الملازم للزنى، كما يقال: ابن السبيل الملازم لها، وولد الليل الذي لا يهاب السرقة. وقال الخطابي، عن بعض أهل العلم، قال: هو شر الثلاثة أصلا وعنصرا ونسبا؛ لأنه خلق من ماء الزنى، وهو خبيث.

وأنكر قوم هذا التفسير، وقالوا: ليس عليه من وزر والديه شيء، وقد قال الله تعالى: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [الأنعام: ١٦٤] وفي الجملة، هذا يرجع إلى أحكام الآخرة، أما أحكام الدنيا، فهو كغيره. في صحة إمامته، وبيعه، وعتقه وقبول شهادته، فكذلك في إجزاء عتقه عن الكفارة؛ لأنه من أحكام الدنيا.

[مسألة لم يجد إطعاما ولا كسوة ولا عتقا في كفارة اليمين]

(٨٠٥٠) مسألة؛ قال (فإن لم يجد من هذه الثلاثة واحدا، أجزأه صيام ثلاثة أيام متتابعة) يعني إن لم يجد إطعاما، ولا كسوة، ولا عتقا، انتقل إلى صيام ثلاثة أيام؛ لقول الله تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ [المائدة: ٨٩] . وهذا لا خلاف فيه، إلا في اشتراط التتابع في الصوم، وظاهر المذهب اشتراطه، كذلك قال إبراهيم النخعي، والثوري، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وروي نحو ذلك عن علي – رضي الله عنه –. وبه قال عطاء، ومجاهد، وعكرمة.." (١)

"[مسألة حلف ألا يأكل لحما ولم يرد لحما بعينه]

(٨١٥٠) مسألة؛ قال: (وإذا حلف ألا يأكل لحما، ولم يرد لحما بعينه، فأكل من لحم الأنعام، أو الطيور، أو السمك، حنث) أما إذا أكل من لحم الأنعام أو الصيد أو الطائر، فإنه يحنث، في قول عامة علماء الأمصار.

وأما السمك، فظاهر المذهب أنه يحنث بأكله. وبهذا قال قتادة، والثوري، ومالك، وأبو يوسف. وقال ابن أبي موسى، في " الإرشاد ": لا يحنث به، إلا أن ينويه. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي، وأبي ثور؛

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٥٥٤/٩

لأنه لا ينصرف إليه إطلاق اسم اللحم، ولو وكل وكيلا في شراء اللحم، فاشترى له سمكا، لم يلزمه، ويصح أن ينفي عنه الاسم، فيقول: ما أكلت لحما، وإنما أكلت سمكا.

فلم يتعلق به الحنث عند الإطلاق، كما لو حلف: لا قعدت تحت سقف. فإنه لا يحنث بالقعود تحت السماء، وقد سماها الله تعالى ﴿سقفا محفوظا﴾ [الأنبياء: ٣٢] لأنه مجاز، كذا هاهنا. ولنا، قول الله تعالى: ﴿وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا﴾ [النحل: ١٤] . وقال: ﴿ومن كل تأكلون لحما طريا﴾ [فاطر: ١٢] . ولأنه من جسم حيوان، ويسمى لحما، فحنث بأكله، كلحم الطائر، وما ذكروه يبطل بلحم الطائر.

وأما السماء، فإن الحالف ألا يقعد تحت سقف، لا يمكنه التحرز من القعود تحتها، فيعلم أنه لم يردها بيمينه، ولأن التسمية ثم مجاز، وها هنا هي حقيقة؛ لكونه من جسم حيوان يصلح للأكل، فكان الاسم فيه حقيقة، كلحم الطائر، حيث قال الله تعالى: ﴿ولحم طير مما يشتهون﴾ [الواقعة: ٢١] .

(٨١٥١) فصل: ويحنث بأكل اللحم المحرم، كلحم الميتة والخنزير والمغصوب. وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي، في أحد الوجهين: لا يحنث بأكل المحرم بأصله؛ لأن يمينه تنصرف إلى ما يحل لا إلى ما يحرم، فلم يحنث بما لا يحل، كما لو حلف لا يبيع، فباع بيعا فاسدا، لم يحنث.

ولنا، أن هذا لحم حقيقة وعرفا، فيحنث بأكله، كالمغصوب، وقد سماه الله - تعالى - لحما، فقال: ﴿ولحم الخنزير﴾ [البقرة: ١٧٣] . وما ذكروه يبطل بما إذا حلف لا يلبس ثوبا، فلبس ثوب حرير. وأما البيع الفاسد، فلا يحنث به؛ لأنه ليس ببيع في الحقيقة.

[فصل والأسماء في كتاب الأيمان تنقسم إلى ستة أقسام اليمين]

(٨١٥٢) فصل: والأسماء تنقسم إلى ستة أقسام؛." (١)

"يحكم بعلمه، فإن شاء أدناهم إليه، وإن شاء باعدهم منه، بحيث إذا احتاج إلى إشهادهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه، أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين، لئلا يقر منهم مقر ثم ينكر ويجحد، فيحفظوا عليه إقراره، ويشهدوا به.

[فصل إذا استنارت الحجة لأحد الخصمين وتبين للقاضي موضع الظالم]

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٦٠٨/٩

(٨٢٣٥) فصل: وإذا اتصلت به الحادثة، واستنارت الحجة لأحد الخصمين، حكم. وإن كان فيها لبس، أمرهما بالصلح، فإن أبيا أخرهما إلى البيان، فإن عجلها قبل البيان، لم يصلح حكمه. وممن رأى الإصلاح بين الخصمين، شريح، وعبد الله بن عتبة وأبو حنيفة، والشعبي، والعنبري، وروي عن عمر، أنه قال: ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن.

قال أبو عبيد: إنما يسعه الصلح في الأمور المشكلة، أما إذا استنارت الحجة لأحد الخصمين، وتبين له موضع الظالم، فليس له أن يحملهما على الصلح. ونحوه قول عطاء. واستحسنه ابن المنذر. وروي عن شريح أنه ما أصلح بين متحاكمين إلا مرة واحدة.

[فصل وإذا حدثت للقاضي حادثة]

(٨٢٣٦) فصل: وإذا حدثت حادثة نظر في كتاب الله، فإن وجدها، وإلا نظر في سنة رسوله، فإن لم يجدها، نظر في القياس، فألحقها بأشبه الأصول بها؛ لما ذكرنا من حديث معاذ بن جبل، وهو حديث يرويه عمرو بن الحارث ابن أخي المغيرة بن شعبة، عن رجال من أصحاب معاذ من أهل حمص، وعمرو والرجال مجهولون، إلا أنه حديث مشهور في كتب أهل العلم، رواه سعيد بن منصور، والإمام أحمد، وغيرهما، تلقاه العلماء بالقبول، وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافقه، فروى سعيد، أن عمر قال لشريح: انظر ما يتبين لك في كتاب الله، فلا تسأل عنه أحدا، وما لا يتبين لك في كتاب الله، فاتبع فيه السنة، وما لم يتبين لك في السنة، فاجتهد فيه رأيك. وعن ابن مسعود مثل ذلك.

[مسألة حكم الحاكم بعلمه]

(٨٢٣٧) مسألة؛ قال: (ولا يحكم الحاكم بعلمه) **ظاهر المذهب** أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها. هذا قول شريح، والشعبي، ومالك، وإسحاق، وأبي عبيد، ومحمد بن الحسن. وهو أحد قولي الشافعي. وعن أحمد رواية أخرى: يجوز له ذلك. وهو قول أبي يوسف، وأبي ثور، والقول الثاني للشافعي، واختيار المزني؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما قالت له هند: إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٨/١٠

"كتبها؟ قال: لا أدري. وهذا قول أصحاب الرأي. وقال مالك، والشافعي، وابن المنذر: تقبل إذا فهمت إشارته؛ لأنها تقوم مقام نطقه في أحكامه، من طلاقه، ونكاحه، وظهاره، وإيلائه، فكذلك في شهادته. واستدل ابن المنذر بأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أشار وهو جالس في الصلاة إلى الناس وهم قيام، أن اجلسوا. فجلسوا.

ولنا، أنها شهادة بالإشارة، فلم تجز، كإشارة الناطق، يحققه أن الشهادة يعتبر فيها اليقين، ولذلك لا يكتفي بإيماء الناطق، ولا يحصل اليقين بالإشارة، وإنما اكتفي بإشارته في أحكامه المختصة به للضرورة، ولا ضرورة هاهنا، ولهذا لم يجز أن يكون حاكما، ولأن الحاكم لا يمضي حكمه إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه، ولم يذكر حكمه، والشاهد لا يشهد برؤية خطه، فلأن لا حكم بخط غيره أولى. وما استدل به ابن المنذر لا يصح؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان قادرا على الكلام، وعمل بإشارته في الصلاة. ولو شهد الناطق بالإيماء والإشارة، لم يصح إجماعا، فعلم أن الشهادة مفارقة لغيرها من الأحكام.

[مسألة شهادة الوالدين وإن علوا للولد وإن سفل]

(٨٣٨٢) مسألة؛ قال: ولا تجوز شهادة الوالدين وإن علوا، للولد وإن سفل، ولا شهادة الولد وإن سفل، لهما وإن علوا. **ظاهر المذهب** أن شهادة الوالد لولده لا تقبل، ولا لولد ولده، وإن سفل، وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات. ولا تقبل شهادة الولد لوالده، ولا لوالدته، ولا جده، ولا جدته من قبل أبيه وأمه وإن علوا، وسواء في ذلك الآباء والأمهات، وآباؤهما وأمهاتهما. وبه قال شريح، والحسن، والشعبي، والنخعي، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي.

وروي عن أحمد، – رحمه الله –، رواية ثانية، تقبل شهادة الابن لأبيه، ولا تقبل شهادة الأب له؛ لأن مال الابن في حكم مال الأب، له أن يتملكه إذا شاء، فشهادته له شهادة لنفسه، أو يجر بها لنفسه نفعا. قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «أنت ومالك لأبيك» . وقال: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن أولادكم من أطيب كسبكم، فكلوا من أموالهم» . ولا يوجد هذا في شهادة الابن لأبيه.." (١)

"(٨٣٩٣) الفصل الثاني: أن شهادته لا تقبل في الحد، وفي القصاص احتمالان؛ أحدهما، تقبل شهادته فيه؛ لأنه حق آدمي، لا يصح الرجوع عن الإقرار به، فأشبه الأموال. والثاني، لا تقبل؛ لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات، فأشبه الحد، وذكر الشريف، وأبو الخطاب، في العقوبات كلها من الحدود والقصاص

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٠/١٧٢

روايتين؛ إحداهما، تقبل؛ لما ذكرنا، ولأنه رجل عدل، فتقبل شهادته فيها، كالحر. والثانية، لا تقبل. وهو ظاهر المذهب؛ لأن الاختلاف في قبول شهادته في الأموال نقص وشبهة، فلم تقبل شهادته فيما يدرأ بالشبهات؛ ولأنه ناقص الحال، فلم تقبل شهادته في الحد والقصاص، كالمرأة.

[فصل في شهادة الأمة]

(٨٣٩٤) الفصل الثالث: شهادة الأمة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء؛ لأن النساء لا تقبل شهادتهن في الحدود والقصاص، وإنما تقبل في المال أو سببه، والأمة كالحرة فيما عداهما، فساوتهن في الشهادة، وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث.

[فصل شهادة المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه]

فصل: وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه، حكم القن، فيما ذكرنا؛ لأن الرق فيهم، وقد روي عن عمر – رضي الله عنه – أنه قال: لا تجوز شهادة المكاتب.، وبه قال عطاء، والشعبي، والنخعي. ولنا، ما ذكرناه في العبد، وإذا ثبت الحكم في القن، ففي هؤلاء أولى؛ لأنهم أكمل منه، لوجود أسباب الحرية فيهم.

[مسألة شهادة ولد الزنى]

(٨٣٩٦) مسألة؛ قال: وشهادة ولد الزنى جائزة، في الزنى وغيره هذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم عطاء، والحسن، والشعبي، والزهري، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو حنيفة، وأصحابه. وقال مالك، والليث: لا تجوز شهادته في الزنى وحده؛ لأنه متهم؛ فإن العادة في من فعل قبيحا، أنه يحب أن يكون له نظراء. وحكي عن عثمان، أنه قال: ودت الزانية أن النساء كلهن زنين.

ولنا، عموم الآيات، وأنه عدل مقبول الشهادة في غير الزنى، فقبل في الزنى كغيره، ومن قبلت شهادته في القتل، قبلت في الزنى، كولد الرشدة. قال ابن المنذر: وما احتجوا به غلط من وجوه؛ أحدها، أن ولد الزنى لم يفعل فعلا قبيحا، يحب أن يكون له نظراء فيه. والثاني، أنني لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتا عنه، وأشبه ذلك أن لا يكون ثابتا عنه، وغير جائز أن يطلق عثمان كلاما بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٠/١٧٧

"والثاني، يقدم الشاهدان، لأنهما حجة متفق عليها، والشاهد واليمين مختلف فيهما، ولأن اليمين قوله لنفسه، والبينة الكاملة شهادة الأجنبيين، فيجب تقديمها، كتقديمها على يمين المنكر، وهذا الوجه أصح، إن شاء الله. وللشافعي قولان، كالوجهين.

[فصل في أيديهما دار فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها]

(٨٥١١) فصل: وإذا كان في أيديهما دار، فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها، ولا بينة لهما، فهي بينهما نصفين. نص عليه أحمد وعلى مدعي النصف اليمين لصاحبه، ولا يمين على الآخر؛ لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه. ولا نعلم في هذا خلافا. إلا أنه حكي عن ابن شبرمة، أن لمدعي الكل ثلاثة أرباعها، لأن النصف له لا منازع فيه، والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه. ولنا أن يد مدعي النصف على ما يدعيه، فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى. فإن كان لكل واحد منهما بينة بما يدعيه، فقد تعارضت بينتاهما فالنصف، لمدعي الكل، والنصف الآخر ينبني على الخلاف في أي البينتين تقدم، **وظاهر المذهب** تقديم بينة المدعي، فتكون الدار كلها لمدعي الكل. وهو قول أبي حنيفة، وصاحبيه.

فإن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها، فالنصف لصاحب الكل، لا منازع له فيه، ويقرع بينهما في النصف الآخر، فمن خرجت له القرعة، حلف، وكان له. وإن كان لكل واحد بينة، تعارضتا وسقطتا، وصارا كمن لا بينة لهما. وإن قلنا: تستعمل البينتان. أقرع بينهما، وقدم من تقع له القرعة، في أحد الوجهين. والثاني، يقسم النصف المختلف فيه بينهما، فيصير لمدعي الكل ثلاثة أرباعها.

[فصل الدار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الآخر سدسها]

(٨٥١٢) فصل: فإن كانت الدار في يد ثلاثة، ادعى أحدهم نصفها، وادعى الآخر ثلثها، وادعى الآخر سدسها، فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم، وليس هاهنا اختلاف ولا تجاحد، فإن ادعى كل واحد منهم أن باقي الدار وديعة، أو عارية معي، وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بينة، قضي له به؛ لأن بينته تشهد له بما ادعاه، ولا معارض لها، وإن لم تكن لواحد منهما بينة، حلف كل واحد منهم، وأقر في يده ثلثها. (٨٥١٣) فصل: فإن ادعى أحدهم جميعها، وادعى الآخر نصفها، والآخر ثلثها، فإن لم تكن لواحد منهم بينة، قسمت بينهم أثلاثا، وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به؛ لأن يد كل واحد منهم على ثلثها. وإن كانت لأحدهم بينة، نظرت؛ فإن كانت لمدعي الجميع، فهي له، وإن كانت لمدعي

النصف، أخذه، والباقي بين الآخرين نصفين، لمدعي الكل السدس بغير يمين، ويحلف على نصف السدس، ويحلف الآخر على الربع." (١)

"الشهود، والمطالبة بالضمين طعن عليهم.

قال أصحابنا: سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة، أو لم يكونا. ويحتمل أن لا تقبل شهادتهما في نفي وارث آخر، حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة، والمعرفة المتقادمة لأن من ليس من أهل المعرفة ليس جهله بالوارث دليلا على عدمه، ولا يكتفي به. وهذا قول الشافعي. فعلى هذا تكون الدار موقوفة، ولا يسلم إلى الحاضر نصفها، حتى يسأل الحاكم ويكشف عن المواضع التي كان ' يطوفها، ويأمر مناديا ينادي: إن فلانا مات، فإن كان له وارث، فليأت. فإذا غلب على ظنه أنه لو كان وارث لظهر، دفع إلى الحاضر نصيبه. وهل يطلب منه ضمينا؟ يحتمل وجهين. وهكذا الحكم إذا كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة، ولكن لم يقولا: ولا نعلم له وارثا سواه. فإن كان مع الابن ذو فرض فعلى ظاهر المذهب يعطي فرضه كاملا.

وعلى هذا التخريج، يعطى اليقين. فإن كانت له زوجة، أعطيت ربع الثمن؛ لجواز أن يكون له أربع نسوة، وإن كانت له جدة، ولم يثبت موت أمه، لم تعط شيئا، وإن ثبت موتها، أعطيت ثلث السدس، لجواز أن يكون له ثلاث جدات، ولا تعطى العصبة شيئا، فإن كان الوارث أخا لم يعط شيئا لجواز أن يكون للميت وارث يحجبه. وإن كان معه أم، أعطيت السدس عائلا، والمرأة ربع الثمن عائلا، والزوج الربع عائلا؛ لأنه اليقين، فإن المسألة قد تعول مع وجود الزوج، مثل أن يخلف أبوين وابنين وزوجا فإذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه، وكمل لذوي الفروض فروضهم.

[فصل اختلف في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بينة أن هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر]

(٨٥٣٦) فصل: وإذا اختلف في دار، في يد أحدهما، فأقام المدعي بينة، أن هذه الدار كانت أمس ملكه، أو منذ شهر فهل تسمع هذه البينة، ويقضى بها؟ على وجهين؛ أحدهما تسمع، ويحكم بها؛ لأنها تثبت الملك في الماضي، وإذا ثبت استديم حتى يعلم زواله. والثاني لا تسمع قال القاضي: هو الصحيح؛ لأن الدعوى لا تسمع ما لم يدع المدعي الملك في الحال، فلا تسمع بينة على ما لم يدعه، لكن إن انضم إلى شهادتهما بيان سبب يد الثاني، وتعريف تعديها فقالا: نشهد أنها كانت ملكه أمس، فقبضها هذا منه، أوسرقها، أو ضلت منه فالتقطها هذا. ونحو ذلك، سمعت، وقضي بها؛ لأنها إذا لم تبين السبب فاليد دليل

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢٥٢/١٠

الملك، ولا تنافي بين ما شهدت به البينة، وبين دلالة اليد لجواز أن تكون ملكه أمس، ثم تنتقل إلى صاحب اليد.

فإذا ثبت أن سبب اليد عدوان، خرجت عن كونها دليلا فوجب القضاء باستدامة الملك السابق. وإن أقر المدعى عليه أنها كانت ملكا للمدعي أمس، أو فيما مضى، سمع إقراره، وحكم به، في الصحيح؛ لأنه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها إليه، فيصير هو المدعي، فيحتاج إلى البينة. يفارق البينة من وجهين؛." (١)

"فالصريح لفظ الحرية، والعتق، وما تصرف منهما، نحو: أنت حر، أو محرر، أو عتيق، أو معتق، أو أعتقتك. لأن هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة، وهما يستعملان في العتق عرفا، فكانا صريحين فيه، فمتى أتى بشيء من هذه الألفاظ، حصل به العتق، وإن لم ينو شيئا، عتق أيضا. قال أحمد في رجل لقي امرأة في الطريق، فقال: تنحي يا حرة. فإذا هي جاريته، قال: قد عتقت عليه. وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة: مروا، أنتم أحرار. وكانت معهم أم ولد له، لم يعلم بها، قال: هذا عندي تعتق أم ولده.

ويحتمل أن لا تعتق في هذين الموضعين؛ لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق، فلم تعتق بها، كما لو قال: عبدي حر. يريد أنه عفيف كريم الأخلاق، وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده، فأشبه ما لو نادى من نسائه، فأجابته غيرها، فقال: أنت طالق. يحسبها التي ناداها، فإنها لا تطلق، على رواية، فكذا هاهنا. فأما إن قصد غير العتق، كالرجل يقول: عبدي هذا حر. يريد عفته، وكرم أخلاقه. أو يقول لعبده: ما أنت إلا حر. أي: إنك لا تطيعني، ولا ترى لي عليك حقا ولا طاعة، فلا يعتق في ظاهر المذهب. قال حنبل: سئل أبو عبد الله، عن رجل قال لغلامه: أنت حر. وهو يعاتبه؟ فقال: إذا كان لا يريد به العتق، يقول: كأنك حر، ولا يريد أن يكون حرا، أو كلاما نحو هذا، رجوت أن لا يعتق، وأنا أهاب المسألة؛ لأنه نوى بكلامه ما يحتمله، فانصرف إليه، كما لو نوى بكناية العتق العتق. وبهذا قال الثوري، وابن المنذر قال: وإن طلب استحلافه، حلف.

وبيان احتمال اللفظ لما أراده، أن المرأة الحرة تمدح بهذا، فيقال: امرأة حرة. يعنون عفيفة، وتمدح المملوكة به أيضا، ويقال للحيي الكريم الأخلاق: حر. قالت سبيعة ترثي عبد المطلب: شعرا

ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة ... ويوم على حر كريم الشمائل

وأما الكناية، فنحو قوله: لا سبيل لي عليك، ولا سلطان لي عليك. وأنت سائبة، واذهب حيث شئت، وقد

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢٧٠/١٠

خليتك. فهذا إن نوى به العتق، عتق؛ لأنه يحتمله، وإن لم ينوه به لم يعتق؛ لأنه يحتمل غيره. ولم يرد به كتاب، ولا سنة، ولا عرف استعمال.

وذكر القاضي، وأبو الخطاب، في قوله: لا سبيل لي عليك، ولا سلطان لي عليك. روايتين؛ إحداهما، أنه صريح. والثانية، أنه كناية، وهو الصحيح؛ لما ذكرناه. فأما إن قال: لا رق لي عليك ولا ملك لي عليك، وأنت لله. فقال القاضي: هو صريح. نص عليه أحمد.

وذكر أبو الخطاب فيه روايتين. ولا خلاف في المذهب أنه يعتق به إذا نوى، وممن قال: يعتق بقوله:." (١)

"وقوم عليه، ولا يقع إعتاق شريكه؛ لأن السراية، سبقت، فمنعت عتق الشريك.

ويحتمل أن يعتق عليهما جميعا؛ لأن عتق نصيبه سبب للسراية، وشرط لعتق نصيب الشريك، فلم يسبق أحدهما الآخر؛ لوجودهما في حال واحد. وقد يرجح وقوع عتق الشريك؛ لأنه تصرف منه في ملكه، والسراية تقع في غير الملك على خلاف الأصل، فكان نفوذ عتق الشريك أولى. ولأن سراية العتق على خلاف الأصل؛ لكونها إتلافا لملك المعصوم بغير رضاه، وإلزاما للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره، وإنما يثبت لمصلحة تكميل العتق، فإذا حصلت هذه المصلحة بإعتاق المالك، كان أولى. وإن قال: إذا أعتقت نصيبك، فنصيبي حر قبل إعتاقك نصيبك. وقعا معا، إذا أعتق نصيبه. وهذا مقتضى قول أبي بكر، والقاضي. ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على المعتق، ولا يقع إعتاق شريكه؛ لأنه أعتق في زمن ماض.

ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه، ممن قال بسراية العتق، أن لا يصح إعتاقه؛ لأنه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته، فيمتنع إعتاق نصيب هذا، ويمتنع عتق نصيب الشريك، ويفضي إلى الدور، فيمتنع الجميع. وقد مضى الكلام في هذا في مسائل الطلاق. والله تعالى أعلم.

[مسألة المعسر إذا أعتق نصيبه من العبد]

(٨٥٨٣) مسألة: قال: (وإن أعتقه الأول وهو معسر، وأعتقه الثاني وهو موسر، عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه، وكان ثلث ولائه للمعتق الأول، وثلثاه للمعتق الثاني) **ظاهر المذهب** أن المعسر إذا أعتق نصيبه من العبد، استقر فيه العتق، ولم يسر إلى نصيب شريكه، بل يبقى على الرق، فإذا أعتق الثاني نصيبه، وهو موسر، عتق عليه جميع ما بقي منه؛ نصيبه بالمياسرة، ونصيب شريكه الثالث بالسراية، وصار له ثلثا ولائه، وللأول ثلثه. وهذا قول إسحاق، وأبي عبيد، وابن المنذر، وداود، وابن جرير. وهو قول مالك، والشافعي،

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢٩٤/١٠

على الوجه الذي بيناه من قولهما فيما مضى.

وروي عن عروة أنه اشترى عبدا أعتق نصفه، فكان عروة يشاهره؛ شهر عبد، وشهر حر. وروي عن أحمد، أن المعسر إذا أعتق نصيبه، استسعى العبد في قيمة حصة الباقين حتى يؤديها، فيعتق. وهو قول ابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والأوزاعي، وأبي يوسف، ومحمد لما روى أبو هريرة قال: رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من أعتق شقصا له في مملوك، فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال، وإلا استسعى العبد، غير مشقوق عليه» . متفق عليه، ورواه أبو داود. قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة: فإذا استسعى في نصف قيمته، ثم أيسر معتقه، رجع عليه بنصف القيمة؛ لأنه هو ألجأه إلى هذا، وكلفه إياه.

وعن أبي يوسف، ومحمد، أنهما قالا: يعتق جميعه، وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته؛ لأن العتق لا يتبعض، فإذا وجد في البعض سرى إلى جميعه، كالطلاق، ويلزم المعتق." (١)

"يضم بعض نجومه إلى بعض، والنجوم هاهنا الأوقات المختلفة؛ لأن العرب كانت لا تعرف الحساب، وإنما تعرف الأوقات بطلوع النجوم، كما قال بعضهم:

إذا سهيل أول الليل طلع ... فابن اللبون الحق والحق جذع

فسميت الأوقات نجوما. والأصل في الكتابة الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب، فقول الله تعالى: ﴿والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا﴾ [النور: ٣٣] . وأما السنة، فما روى سعيد، عن سفيان عن الزهري، عن نبهان مولى أم سلمة، عن أم سلمة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا كان لإحداكن مكاتب، فملك ما يؤدي، فلتحتجب منه» . وروى سهل بن حنيف، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من أعان غارما، أو غازيا، أو مكاتبا في كتابته، أظله الله يوم لا ظل إلا ظله» . في أحاديث كثيرة سواهما، وأجمعت الأمة على مشروعية الكتابة.

[فصل إذا سأل العبد سيده مكاتبته]

(٨٦٩٢) فصل: إذا سأل العبد سيده مكاتبته، استحب له إجابته، إذا علم فيه خيرا، ولم يجب ذلك. في ظاهر المذهب. وهو قول عامة أهل العلم، منهم الحسن، والشعبي، ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي. وعن أحمد، أنها واجبة، إذا دعا العبد المكتسب الصدوق سيده إليها، فعليه إجابته. وهو قول عطاء،

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣٠٣/١٠

والضحاك، وعمرو بن دينار، وداود. وقال إسحاق: أخشى أن يأثم إن لم يفعل، ولا يجبر عليه. ووجه ذلك قول الله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا﴾ [النور: ٣٣] . وظاهر الأمر الوجوب.." (١)

"في هذه المسألة ثلاثة فصول: (٨٦٩٩) الفصل الأول: أن ظاهر هذا الكلام، أن الكتابة لا تصح حالة، ولا تجوز إلا مؤجلة منجمة. وهو ظاهر المذهب. وبه قال الشافعي، وقال مالك، وأبو حنيفة: تجوز حالة؛ لأنه عقد على عين، فإذا كان عوضه في الذمة، جاز أن يكون حالا، كالبيع.

ولنا، أنه روي عن جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم -، أنهم عقدوا الكتابة، ولم ينقل عن واحد منهم أنه عقدها حالة، ولو جاز ذلك، لم يتفق جميعهم على تركه، ولأن الكتابة عقد معاوضة، يعجز عن أداء عوضها في الحال، فكان من شرطه التأجيل، كالسلم على مذهب أبي حنيفة، ولأنها عقد معاوضة يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض، فإذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض، لم يصح، كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند محله، ويفارق البيع؛ لأنه لا يتحقق فيه العجز عن العوض، لأن المشتري يملك المبيع، والعبد لا يملك شيئا، وما في يده لسيده. وفي التنجيم حكمتان؛ إحداهما، يرجع إلى المكاتب، وهي التخفيف عليه؛ لأن الأداء مفرقا أسهل، ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة، تخفيفا عليهم. والأخرى، للسيد، وهي أن مدة الكتابة تطول غالبا، فلو كانت على نجم واحد، لم يظهر عجزه إلا في آخر المدة، فإذا عجز، عاد إلى الرق، وفاتت منافعه في مدة الكتابة كلها على السيد، من غير نفع حصل له، وإذا كانت منجمة نجوما، فعجز عن النجم الأول، فمدته يسيرة، وإن عجز عما بعده، فقد حصل للسيد نفع بما أخذه من النجوم قبل عجزه.

إذا ثبت هذا، فأقله نجمان فصاعدا. وهذا مذهب الشافعي. ونقل عن أحمد، أنه قال: من الناس من يقول: نجم واحد. ومنهم من يقول: نجمان. ونجمان أحب إلي. وهذا يحتمل أن يكون معناه، أني أذهب إلى أنه لا يجوز إلا نجمان. ويحتمل أن يكون المستحب نجمين، ويجوز نجم واحد. قال ابن أبي موسى: هذا على طريق الاختيار، وإن جعل المال كله في نجم واحد، جاز؛ لأنه عقد يشترط فيه التأجيل، فجاز أن يكون إلى أجل واحد، كالمسلم، ولأن اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض، وهذا يحصل بنجم واحد.." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣٦٥/١٠

(٢) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٣٧١/١٠

"الروايتين؛ لأنها مملوكته، ويعزر. فإن ولدت فالولد حر، ونسبه لاحق به، وهي أم ولده. وكذلك لو ملك أمة مجوسية، أو وثنية، فاستولدها، أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها، فلا حد عليه، ويعزر، ويلحقه نسب ولده، وتصير أم ولد له، تعتق بموته؛ لما ذكرنا. وكذلك لو وطئ أمته المرهونة، أو وطئ رب المال أمة من مال المضاربة فأولدها، صارت له بذلك أم ولد، وخرجت من الرهن والمضاربة، وعليه قيمتها للمرتهن، تجعل مكانها رهنا، أو توفية عن دين الرهن، وتنفسخ المضاربة فيها. وإن كان فيها ربح، جعل الربح في مال المضاربة. والله أعلم

[مسألة لأم الولد شروطا ثلاثة]

(٨٨٦٠) مسألة: قال: (وإذا علقت منه بحر في ملكه، فوضعت بعض ما يستبين فيه خلق الإنسان، كانت له بذلك أم ولد) ذكر الخرقي لمصيرها أم ولد شروطا ثلاثة؛ أحدها، أن تعلق منه بحر. فأما إن علقت منه بمملوك، ويتصور ذلك في الملك في موضعين؛ أحدهما، في ا لعبد إذا ملكه سيده، وقلنا: إنه يملك. فإنه إذا وطئ أمته واستولدها، فولده مملوك، ولا تصير الأمة أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك، وسواء أذن له سيده في التسري بها أو لم يأذن له. والثاني، إذا استولد المكاتب أمته، فإن ولده مملوك له، وأما الأمة، فإنه لا تثبت لها أحكام أم الولد في العتق بموته في الحال؛ لأن المكاتب ليس بحر، وولده منها ليس بحر، فأولى أن لا تتحرر. هي ومتى عجز المكاتب، وعاد إلى الرق، أو مات قبل أداء كتابته، فهي أمة قن، كأمة العبد القن. وهل يملك المكاتب بيعها، والتصرف فيها؟ فيه اختلاف، ذكر القاضي في موضع، أنه لا يثبت فيها شيء من أحكام الاستيلاد، ولا تصير أم ولد بحال. وهذا أحد قولي الشافعي؛ لأنها علقت بمملوك في ملك غير تام، فلم يثبت لها شيء من أحكام الاستيلاد، كأمة العبد القن. وظاهر المذهب أنها موقوفة، لا يملك بيعها، ولا نقل الملك فيها، فإن عتق، صارت ل‍ه أم ولد، تعتق بموته، فيثبت لها من حرمة الاستيلاد، ما يثبت لولدها من حرمة الحرية.

وقد نص أحمد - رضي الله عنه -. على منع بيعها، ومفهوم كلام الخرقي، يحتمل الوجهين جميعا. الشرط الثاني، أن تعلق منه في ملكه، سواء كان من وطء مباح أم محرم، مثل الوطء في الحيض، أو النفاس، أو الصوم، أو الإحرام، أو الظهار، أو غيره. فأما إن علقت منه في غير ملكه، لم تصر بذلك أم ولد." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٤٧٦/١٠

